



**Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro**

**Instituto Três Rios**

**Departamento de Direito, Humanidades e Letras**

**Júlio César dos Santos Gomes**

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS  
NO PLANO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Três Rios, RJ  
2016**

**JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS GOMES**

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS  
NO PLANO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**



Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

**Orientador:** Professor Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior

**Três Rios, RJ  
2016**

**JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS GOMES**

**FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS  
NO PLANO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

*Aprovado em 28 de junho de 2016.*

Banca examinadora:

---

Professor Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior (Orientador)  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

---

Professora Ms. Thaís Miranda de Oliveira  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

---

Professor Ms. Márcio Gil Tostes dos Santos  
Centro Universitário Estácio de Sá de Juiz de Fora

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus. Nada disso seria possível sem o auxílio e o sustento que recebo diariamente do Senhor.

Agradeço aos meus pais, Geraldo e Ana, à minha irmã, Juliana, e à minha querida avó Esmeralda e peço perdão pela ausência nos dias em que me dediquei ao presente trabalho. Obrigado por sempre acreditarem no meu sucesso.

Finalmente, agradeço ao querido Prof. Antônio Pereira Gaio Júnior, que tanto me ajudou na elaboração e finalização deste grande desafio que foi o trabalho de conclusão de curso. Seus ensinamentos foram preciosos, não somente para a confecção da monografia, mas igualmente para meu crescimento pessoal e profissional.

A todos vocês, muito obrigado.

*“In this world, with great power there must also come -  
great responsibility!”*

‘Uncle Ben’, personagem criado por Stan Lee e Steve Ditko. *Amazing Fantasy*, n. 15: Spider Man, 1962, p. 13.

## RESUMO

GOMES, Júlio César dos. **Fundamentação das Decisões Judiciais no Plano do Novo Código de Processo Civil**. 2016. 79 f. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Línguas, Três Rios, RJ, 2016.

O presente trabalho visa comprovar que a morosidade na prestação da justiça não é o maior problema do Direito Processual Civil Brasileiro. O quê, de fato, ameaça a imagem e a credibilidade do Poder Judiciário são as decisões discricionárias e incongruentes dos magistrados, ainda vistos pela cultura jurídica brasileira como pessoas especiais, vocacionadas. Analisando a figura do magistrado no decorrer da história do direito moderno, pretende-se demonstrar que existem limites à sua atuação, sendo os valores constitucionais responsáveis por frear o autoritarismo judicial. A Constituição Federal impôs, aos magistrados, a obrigação de fundamentar devidamente suas decisões. Essa exposição de motivos é de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, pois somente assim será possível a fiscalização popular do trabalho jurisdicional. O estabelecimento de parâmetros mínimos para a fundamentação da decisão judicial, advindo com a Lei 13.105/2015 visa, primordialmente, combater a discricionariedade dos juízes. A inovação legislativa impõe, aos magistrados e demais órgãos do poder judiciário, o respeito aos valores basilares da nação brasileira, indicando aos julgadores que suas concepções pessoais não podem ser mais relevantes que os valores constitucionalmente estabelecidos. Garantindo-se que decisões arbitrárias serão reconhecidas como nulas, restaura-se a confiança popular na atividade judiciária. Ao propor uma demanda, o cidadão terá previsibilidade quanto ao seu desfecho e a segurança de que sua causa será julgada da mesma forma que casos semelhantes, analisados por outros órgãos do poder judiciário, tudo em consonância com a Constituição e os valores caros à sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Processo Civil, Constituição, Discricionariedade, Princípios, Interpretação, Fundamentação, Motivação, Decisão Judicial

## ABSTRACT

GOMES, Júlio César dos. **Reasoned decision in the new civil code.** 2016. 79 f. Undergraduate thesis (Bachelor of Law) – Law School. Federal University of Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2016.

This study shows that one of the biggest issues of the Brazilian Procedure Civil Code is not the delay in the delivery of a court judgment, but the discretionary and inconsistent judge's decisions. Nowadays, the judges are still seen by the population as special people and adept. This work intends to show that constitutional values are responsible for avoiding judicial activism. Decision reasoning based on the Constitution is extremely important for the democracy, since it allows the population to supervise judicial work. Establishment of minimum standards for the reasoning court decision (Law 13,105/2015) is aimed primarily for avoiding judicial activism. This legislative innovation imposes on judges and other organs of the judiciary, respect for the basic values of the Brazilian nation, showing the judges that his own views are not more relevant than the constitutionally established values. Therefore, arbitrary decisions are invalid and this might renovate public confidence in the judicial work. Thus, the citizens might predict the outcome of their requests and secure that their demands will be judged the same way as similar cases analysed by other organs of the judiciary, according to the Constitution and the Brazilian society values.

Keywords: Civil Code, Constitution, Discretion, Principles, Interpretation, Legal reasoning, Motivation Judicial Decision

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art.	artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>CAPÍTULO 1: Os alicerces do processo justo</b>	12
1.1 - Breves notas acerca do Constitucionalismo	12
1.2 - A Força Normativa da Constituição	15
1.3 - O Processo como instrumento de pacificação social	16
1.4 - Apontamentos para um Processo Justo	19
1.4.1 - O Devido Processo Legal	20
1.4.2 - O Acesso à Justiça	21
1.4.3 - A Igualdade	24
1.4.4 - A Imparcialidade do Julgador	25
1.4.5 - O Contraditório e a Ampla Defesa	26
1.4.6 - A Duração Razoável do Processo	28
1.4.7 - A Motivação das Decisões Judiciais	28
<b>CAPÍTULO 2: A Fundamentação das decisões judiciais enquanto imperativo constitucional</b>	31
2.1 - O Poder Judiciário como depositário da esperança da população	31
2.2 - A figura do juiz na história do Direito: Da Revolução Francesa até o Estado Social de Direito	32
2.2.1 - O positivismo jurídico: Do Estado Liberal ao Estado Social	32
2.2.2 - O Pós-positivismo e o Estado Social de Direito	35
2.2.3 - A Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller	38
2.2.4 - A responsabilidade democrática do juiz	39
2.3 - A crise na fundamentação	41
2.3.1 - O Solipsismo	41
2.3.2 - O problema da morosidade e a falsa solução encontrada pela standardização do direito	42
2.3.3 - A discricionariedade	44
2.3.3.1 - O método gramatical	44
2.3.3.2 - O método exegético e a vontade do legislador	45
2.3.3.3 - O método teleológico e os riscos do ativismo judicial	46
2.4 - A necessidade de uma fundamentação adequada	47
2.5 - A decisão constitucionalmente fundamentada: entendimento jurisprudencial	48
<b>CAPÍTULO 3: A fundamentação das Decisões Judiciais no Âmbito do Novo Código de Processo Civil</b>	53
3.1 - Os princípios processuais constitucionais	53
3.1.1 - Os princípios da ação e do impulso oficial	54
3.1.2 - O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição:	55
3.1.3 - A Duração Razoável do Processo	56
3.1.4 - O Princípio da Boa-fé Objetiva	57
3.1.5 - O Princípio da Cooperação	57
3.1.6 - O Princípio da Paridade de Tratamento entre as Partes	58
3.1.7 - A Promoção da Dignidade da Pessoa Humana	59
3.1.8 - A Proibição da Decisão Surpresa	59
3.1.9 - O Princípio da Publicidade e a Problemática da Ordem Cronológica das Conclusões	60
3.2 - A Fundamentação das Decisões Judiciais	62
3.2.1 - Os Pronunciamentos Judiciais	62
3.2.2 - A Sentença Judicial	64
3.2.2.1 - As sentenças terminativas e definitivas	64
3.2.2.2 - Os Elementos da Sentença	65
3.2.2.3 - A fundamentação das decisões judiciais no âmbito do NCPC	66
3.3 - O Efetivo Controle da Discricionariedade Judicial	71
<b>CONCLUSÃO</b>	73
<b>REFERÊNCIAS</b>	76

## INTRODUÇÃO

A Lei 13.105/2015 não foi recebida com satisfação pela totalidade da comunidade jurídica brasileira. Antes mesmo de sua entrada em vigor, diversos órgãos demonstraram preocupação com os ditames do texto legal, sobretudo as associações de magistrados existentes no território nacional. O motivo principal de tais preocupações foi a redação do artigo 489 que, em seus incisos e parágrafos, estabelecia as bases da decisão judicial considerada devidamente fundamentada<sup>1</sup>.

Muito se questionou acerca do papel do legislador nessa “inovação”. Afinal, poderia o Poder Legislativo ditar ao Judiciário a forma adequada de interpretar a Constituição Federal? A fundamentação da decisão judicial, nos moldes propostos pelo supracitado artigo, acarretaria numa burocratização da justiça?

A cultura jurídica brasileira consagrou a figura do magistrado como um ser “vocacionado”, detentor do real sentido da justiça. Esse protagonismo, entretanto, trazia consigo diversos males, consistentes em atuações discricionárias e arbitrárias da maioria dos julgadores no âmbito processual. Instalou-se, assim, um ambiente de insegurança perante os jurisdicionados, uma vez que causas semelhantes eram julgadas de forma discrepante pelos diversos órgãos do poder judicante.

De certo, a arbitrariedade das decisões judiciais é um mal incomparavelmente maior do que a morosidade da prestação jurisdicional. Sendo tolhidas a segurança e a previsibilidade da população, encontravam-se seriamente ameaçadas as bases da democracia e do Estado de Direito, haja vista que a lei e a Constituição poderiam ser interpretadas de forma livre e descompromissada pelos julgadores. O desrespeito aos princípios do processo justo, dentre eles a igualdade e o contraditório, é uma das principais causas da perda de credibilidade do Poder Judiciário.

Sem sombra de dúvidas, a fundamentação judicial deficiente serviu de instrumento para “mascarar” a discricionariedade dos magistrados. Não havendo parâmetros mínimos a serem seguidos, qualquer fundamentação, por mais superficial que fosse, se prestaria a justificar a obediência ao princípio constitucional constante no art. 93, IX.

A decisão judicial, seja ela sentença, acórdão ou decisão interlocutória, elaborada com uma fundamentação deficiente, é maléfica à ordem jurídica. Embora não se possa negar que a prestação jurisdicional tardia igualmente representa um dos males a serem combatidos,

---

<sup>1</sup> **Advogados e juízes disputam vetos de Dilma em novo CPC.** Disponível em: <<http://www.amagis.com.br/plus/modulos/noticias/ler.php?cdnoticia=16221>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

a incerteza provocada pela atuação discricionária dos órgãos jurisdicionais é um problema gravíssimo, haja vista que, reconhecida a nulidade da prestação jurisdicional por inadequação, retornarão os autos ao prolator da decisão para que um novo pronunciamento seja formulado, o que, sem dúvida, atrasa ainda mais a prestação jurisdicional devida aos litigantes.

O presente trabalho se prestará a analisar os contornos de uma decisão judicial adequadamente fundamentada, sendo reconhecida, desde já, a supremacia do texto constitucional e a necessária vinculação, do magistrado, à realização dos valores caros ao Estado Democrático de Direito.

A Constituição é o parâmetro a ser observado, estando presentes, em seu texto, diversos princípios de suma importância para a democracia e para a sociedade. Somente pelo reconhecimento da igualdade material entre os litigantes, dando-se iguais oportunidades de manifestarem suas razões e buscar o convencimento do magistrado por meio de um contraditório substancial é que será o processo reconhecido como promotor do bem-estar social.

## CAPÍTULO 1: Os alicerces do processo justo

### 1.1 – Breves notas acerca do Constitucionalismo

A ideia de Estado Moderno começou a ganhar forma a partir do século XVI, sendo primordial para a construção do conceito a teoria contratualista do filósofo inglês Thomas Hobbes.

Num breve resumo da obra hobbesiana, o homem, no estado de natureza, seria um ser belicoso e guiado por seus instintos. Como fruto da inteligência humana, surge o Estado, com vistas a promover um acordo entre os indivíduos, sendo imposta pelo soberano uma limitação das liberdades individuais a fim de que fosse alcançada a paz social:

(...) Deste modo, o Estado é criação da inteligência humana, decorre de um acordo entre os indivíduos no estado de natureza, e não fato natural ou obra divina. Trata-se, segundo Hobbes, do único meio de obter a paz e vencer o medo que habita cada ser humano, o medo de que outro homem lhe faça mal.<sup>2</sup>

Neste primeiro momento, o direito e as leis surgem como obrigações impostas pelo soberano, configurando um verdadeiro pacto de submissão. Notadamente, tratava-se do contexto histórico do absolutismo.

Confrontando a teoria contratualista, uma vez que suas ideias representariam um perigo às liberdades individuais, John Locke elabora o conceito de pacto social, firmado na confiança. Nesta teoria, fica alicerçada a ideia de que, ao governante, tão somente seria conferido o poder de resolver conflitos, sendo dever do Estado garantir os direitos individuais.

Começava, nesse momento, a ser incorporado ao conceito de Estado a ideia de separação de poderes. Para Locke, o soberano não poderia concentrar todos os poderes, pois acabaria pondo em risco a liberdade e a propriedade dos súditos, sendo, assim, tolhida a segurança desses últimos. Neste contexto embrionário, Locke estabeleceu a existência de dois poderes estatais: o Legislativo e o Executivo.<sup>3</sup>

Coube a Charles de Montesquieu aperfeiçoar a teoria de separação de poderes, afirmando que o Estado deve comportar três poderes distintos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao legislativo competiria a elaboração e ab-rogação das leis; ao Executivo, a

---

<sup>2</sup> LARANJEIRA, Márcio Fernando Bouças. **Cortes Constitucionais: Do Contrato Social ao Estado Constitucional de Direito**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, ago. 2013, p.194.

<sup>3</sup> *Id. Ibid*, p. 196-197.

manutenção da paz ou declaração de guerra; e ao Judiciário, na pessoa do magistrado, punir crimes e julgar questões relativas ao ramo do direito civil.<sup>4</sup>

Assim como Locke, Montesquieu era ferrenho combatente do regime absolutista, afirmando que a segurança dos indivíduos residiria na limitação dos poderes estatais. Os poderes descritos anteriormente não poderiam ser concentrados na figura de uma única pessoa, sob o risco de se incidir no despotismo. Os poderes também deveriam se controlar mutuamente, a fim de que um não se sobrepusesse sobre o outro.

Acerca da chamada “teoria dos freios e contrapesos”, cumpre destacar o trecho da obra de Dalmo de Abreu Dallari:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo esta teoria, *os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas*, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. *Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos de agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.*<sup>5</sup> (Grifos nossos)

A compreensão de que os poderes estatais precisam ser limitados será de vital importância para o presente trabalho, sobretudo para a problematização das atuais mazelas que atingem o Poder Judiciário brasileiro, sendo exemplos marcantes o ativismo judicial e a discricionariedade nas decisões proferidas por juízes e tribunais.

Foi, porém, com Rousseau, que houve a demonstração de que a separação dos poderes não seria um instrumento eficaz para resguardar as liberdades individuais. Em sua obra “Contrato Social”, fica explícita a desconfiança do estudioso acerca dos governos, devendo o povo ser o titular de todo o poder estatal. A Constituição seria apenas um

---

<sup>4</sup> LARANJEIRA, Márcio Fernando Bouças. **Cortes Constitucionais: Do Contrato Social ao Estado Constitucional de Direito**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, ago. 2013, p. 197-198.

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.

instrumento utilizado para cuidar dos poderes instituídos, “não podendo restringir a expressão da vontade do povo soberano”.<sup>6</sup>

É nesse contexto de questionamentos que emerge a Revolução Francesa. O ideal revolucionário buscava romper os laços com o passado absolutista e, aos poucos, o Poder Legislativo, personificado pelo Parlamento, começou a ganhar grande significância, sendo este considerado o poder que, de fato, representava os anseios populares. Essa proposta de uma Constituição sem proteção efetiva, passível de alteração pela simples mudança dos anseios populares, perdurou por um bom tempo no continente europeu.<sup>7</sup>

Somente com a queda dos regimes monárquicos e a progressiva adoção do regime parlamentarista, pelos Estados, é que se iniciou o estudo mais aprofundado da importância da Constituição como instrumento eficaz para o controle do poder estatal. Especialmente no entreguerras, o debate ganhou significância com as teses apresentadas por Carl Schmitt e Hans Kelsen, que se propunham a estabelecer instrumentos de proteção da Constituição. O debate, entretanto, foi interrompido bruscamente com os horrores da Segunda Guerra Mundial.<sup>8</sup>

Findo o conflito mundial, ganhou destaque a busca por mecanismos que resguardasse a dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais, adquirindo, assim, as constituições nacionais a importância que possuem hoje como cartas destinadas à promoção do bem-estar humano.

Não se tolera a produção de normas contrárias à Constituição, porque isso seria usurpar a competência do poder constituinte. Este, sim, passa a ser a voz primeira do povo, condicionante das ações dos poderes por ele constituídos. A Constituição assume o seu valor mais alto por sua origem – por ser fruto do poder constituinte originário.<sup>9</sup>

Não obstante essa construção histórica é importante demonstrar que a Constituição possui uma vontade, sendo relevante, neste ponto, analisar a construção teórica elaborada por Konrad Hesse.

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

<sup>7</sup> *Id. Ibid*, p. 53-54.

<sup>8</sup> *Id. Ibid*, p. 55.

<sup>9</sup> *Id. Ibid*, p. 55.

## 1.2 – A Força Normativa da Constituição

A ideia de Constituição como regra maior do ordenamento jurídico nacional, dirigente e promotora do bem-estar social, não vigorava de forma ampla no contexto histórico anterior e posterior à Primeira Guerra Mundial.

Ferdinand Lassale, através da obra “A Essência da Constituição”<sup>10</sup>, acabou por reforçar a concepção predominante na época, afirmando que os fatores reais de poder seriam determinantes para a edição do texto escrito da Constituição. Deste modo, o texto constitucional, dirigente da sociedade, deveria ser o reflexo da chamada “Constituição Real”, proclamando os valores reinantes num determinado país, em perfeita simetria com a realidade social. Em caso de discrepância entre a “Constituição Real” e a “Constituição Jurídica”, esta última sucumbiria, devendo assumir o seu lugar um novo texto, condizente com as necessidades da sociedade.

Negando-se a aceitar a Constituição como um mero “pedaço de papel”, Konrad Hesse<sup>11</sup> critica a teoria de Lassale, afirmando que, do confronto entre os fatores reais de poder e a Constituição, esta última sucumbiria, apenas, se uma série de pressupostos não fosse realizada.

Para Hesse, de fato a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Existe sim uma relação de coordenação entre os fatores reais de poder e a norma fundamental, sendo vedado a essa última ignorar as leis culturais, sociais, políticas e econômicas de uma dada sociedade, bem como atender a necessidades emergentes, sem o mínimo de planejamento quanto a situações futuras.<sup>12</sup>

A Constituição duradoura impõe direitos e deveres aos cidadãos. Possui uma vontade, que se baseia na compreensão da necessidade de uma ordem normativa sólida, que proteja as estruturas do Estado, tendo a necessidade de ser legitimada constantemente pela população. Essa carta constitucional ganhará força ativa se as tarefas, por ela descritas, forem efetivamente cumpridas.<sup>13</sup>

Pode-se concluir, portanto, que os valores informados pelo texto constitucional devem ser fomentados, adquirindo a maior eficácia possível. Os direitos ali inscritos são de observância geral e dizem respeito ao viés dirigente da Carta Magna, com o fim de promover

---

<sup>10</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

<sup>11</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 10-11.

<sup>12</sup> *Id. Ibid*, p. 18.

<sup>13</sup> *Id. Ibid*, p. 19.

constantes avanços na ordem social e no desenvolvimento de toda a sociedade. Somente se a Constituição falhar na tarefa de dirigir a sociedade é que uma revisão do texto será imprescindível.

Logo, a força ativa da Constituição depende fortemente da vontade humana. Deve-se reconhecer o texto constitucional como produto dos anseios populares e legítima ordenação para a vida em sociedade. A Constituição é expressão máxima da soberania popular e os direitos e garantias nela expressos devem ser realizados de forma excelente.

Com base nesta afirmação, passa-se ao estudo do processo como instrumento apto à promoção da pacificação social, sempre voltado à concretização dos valores constitucionais e da democracia.

### **1.3 – O Processo como instrumento de pacificação social**

Estabelecidas as bases do Estado Moderno, cumpre ressaltar a importância do processo como instrumento de promoção da pacificação social.

A atribuição de julgar não é exclusividade do Poder Judiciário no direito brasileiro. Os demais poderes também podem, atipicamente, exercer a função jurisdicional, destacando-se, por parte do Legislativo, o disposto no art. 52, I e II da Constituição Federal e; no tocante ao Executivo, o julgamento do contencioso administrativo, disciplinado pela Lei nº 9.784/1999.

O foco do presente trabalho, entretanto, é a análise do processo judicial e a atuação dos magistrados na resolução de lides. Existem conceitos e garantias gerais que incidem sobre o processo judicial e administrativo que serão destacados no decorrer do presente, mas o enfoque da discussão será a atuação dos magistrados e a motivação das decisões tomadas em sede judicial.

Em linhas gerais, o processo visa restaurar a paz social, abalada pelo conflito de interesses. A fim de que a sociedade alcance o máximo de desenvolvimento, faz-se necessário que os interesses individuais sejam coordenados, de modo que os possíveis conflitos sejam sanados pela ordem jurídica.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa

coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.<sup>14</sup>

Além dos direitos e garantias conferidos à população, imprescindível a existência de um instrumento que proporcione, aos litigantes, a solução do conflito de interesses e o restabelecimento da paz social, com um pronunciamento justo e inequívoco do Estado-Juiz.

Em nada se adianta a existência de normas sem que se haja instrumentos e formas aptas e eficazes a garanti-los. Por isso da existência de normas materiais e normas processuais no ordenamento jurídico, sendo essas últimas o instrumento para a aplicação das primeiras. O processo se forma do conflito de interesses – lide – deduzido em juízo, também constituindo uma garantia contra arbitrariedades do Estado que eventualmente possam ocorrer.<sup>15</sup>

O processo não pode se afastar de seu objetivo, qual seja, ser instrumento para alcançar a garantia dada pela lei material, assegurando, assim, a integridade da ordem jurídica e possibilitando, às pessoas, os meios apropriados para a defesa de seus direitos e interesses<sup>16</sup>. Respondendo aos anseios do jurisdicionado, o processo possui uma dimensão social, assim exposta por Gaio Júnior:

A dimensão social pela qual o processo deva ser vetorizado, hodiernamente, é noção necessária deste instrumento de jurisdição, exatamente porque nele é que o jurisdicionado deposita confiança – ainda que, por vezes, em forma diminuta – esperando alcançar sua verdade em tempos onde o descumprimento de uma obrigação acertada é bom negócio para muitos. Espera o cidadão ainda mais: a satisfação decorrente desta verdade, na medida em que, uma vez reconhecida e não cumprida pela parte recalcitrante, necessitará ele, novamente, de um instrumento apto a transformar a declaração formal de seu direito em atividade dinâmica e realizadora concreta, no mundo dos fatos, do direito devido.<sup>17</sup>

O processo deve ser entendido como instrumento democrático, político e ideológico, apto à satisfação dos direitos materiais inadimplidos.

A função pública do processo no seio do Estado contemporâneo enfatiza seu viés social e político, em prevalência do jurídico, na medida em que está comprometido com o bem-estar da população e na melhoria da qualidade de vida. O jurisdicionado é verdadeiro

<sup>14</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

<sup>15</sup> GAIO JÚNIOR, A. P.; SANTOS, C. O. ; ALVES, J. A. F. ; OLIVEIRA JUNIOR, J. L. D. ; GOMES, J. C. S. ; ANTONIO, L. G. ; CORTASIO, M. M. ; OLIVEIRA, N. S. . **Uma Introdução à ideia de Processo Justo**. Revista Jurídica Eletrônica Direito Sociedade e Desenvolvimento - REJUR, v. 1, p. 1-1, 2014.

<sup>16</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17.

<sup>17</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 01.

consumidor da Justiça e deve exigir, dos aplicadores do direito, excelência no desenvolvimento de seu trabalho.

(...) o Direito não é encarado apenas do ponto de vista dos produtores e de seu produto (as normas gerais e especiais), mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais.<sup>18</sup>

O conteúdo ideológico do processo vem relativizar a questão da neutralidade da ciência processual. Tanto o direito material como o processual são comprometidos com a vontade política, existindo uma ideologia dominante por trás de todo o ordenamento jurídico vigente.

O juiz não pode mais se revestir do véu da neutralidade para proferir decisões em desacordo com a ordem constitucional e, conseqüentemente, em conflito com a vontade do povo, que é o verdadeiro detentor do poder soberano no Estado. O Estado Democrático de Direito possui uma vontade, expressa na Constituição, e o magistrado não pode ser neutro quanto a essa realidade.

A neutralidade cede lugar ao engajamento, devendo o juiz proferir decisões condizentes com o contexto histórico-social no qual está inserido e de acordo com a vontade estatal. A justiça das decisões judiciais deve ir além do estado formal do direito, atendendo assim ao estado democrático, dando uma resposta satisfatória e eficiente às aspirações populares.

Para tanto, o juiz há de ser um cientista e um artista. Cientista, para estar aberto na aplicação de sua cultura multidisciplinar, entende que o Direito não é um departamento isolado, razão pela qual a sentença não se pode desligar da economia, da sociologia e da política. Artista, o juiz será “cheio de poder criador, com sensibilidade humana e antenas ligadas à alma do povo para sentir e traduzir suas aspirações.”<sup>19</sup>

A dimensão social do processo reforça as estruturas do Estado Democrático de Direito. Cada vez mais o direito processual moderno reforça o pensamento de que o magistrado não pode estar alheio à realidade que o cerca. Seu atuar será sempre comprometido com o desenvolvimento social, proporcionando ao jurisdicionado respostas adequadas aos questionamentos formulados. Dessa forma, o processo deve estar voltado à efetividade, não sendo suficiente a simples observância de procedimentos.

---

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994, p. 15.

<sup>19</sup> HERKENHOFF, João Batista *apud* PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 94.

A efetividade do processo não admite mais um juiz espectador. A tarefa processual, sendo do Estado, exige para o conseguimento de uma solução justa, de um juiz atuante, participante e juridicamente curioso. Não se quer jurisdição *ex officio*, mas, movimentada a jurisdição, a iniciativa judicial deve ser intensa tanto na tentativa de conciliar as partes como na colheita da prova.<sup>20</sup>

Tomando por base essa nova postura exigida dos magistrados quando de sua atuação, passamos à análise da efetividade processual, consubstanciada pelo que a doutrina denominou de “processo justo”<sup>21</sup>.

#### 1.4 – Apontamentos para um Processo Justo

O processo deve ser estudado, sempre, sob o viés constitucional. O texto da constituição é a principal norma a ser seguida no Estado Democrático de Direito, possuindo força normativa.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.<sup>22</sup>

A Constituição dirige a sociedade para que seus fins sejam alcançados.<sup>23</sup> Como se pode notar da leitura do art. 3º da Constituição Federal, a promoção do bem-estar social é cara à ordem jurídica brasileira. Sendo assim, os direitos fundamentais elencados nos incisos do art. 5º da Constituição Federal constituem o alicerce do Estado de Direito brasileiro e as garantias ali inscritas não poderão ser abolidas<sup>24</sup>, sendo denominadas de “cláusulas pétreas”:

<sup>20</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 118.

<sup>21</sup> MORELLO, Augusto M. **El Proceso Justo**. 2. ed. Buenos Aires: Adeledo-Perrot, 2005.

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

<sup>23</sup> “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II – garantir o desenvolvimento nacional;  
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>24</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais”.

A finalidade das cláusulas pétreas é prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.<sup>25</sup>

Há, inclusive, o comprometimento de cada um dos poderes estatais com a promoção dos direitos fundamentais. A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais se dá, especialmente, pela “tarefa clássica de defender os direitos fundamentais ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF)”<sup>26</sup>, sendo essa a essência de sua função. Os juízes devem respeitar os preceitos de direitos fundamentais, especialmente no curso do processo e ao prolatar decisões.

A Constituição, portanto, estabeleceu as bases para o desenvolvimento do chamado “processo justo”, cujos princípios norteadores serão nosso objeto de estudo.

#### 1.4.1 – O Devido Processo Legal

A garantia do Devido Processo Legal se encontra enunciada no art. 5º, LIV da Constituição Federal<sup>27</sup>. Essa garantia não se limita, apenas, a impor a observância das formas da lei quando do trâmite das causas em juízo, mas abarca todos os outros princípios que serão delineados a seguir.

Humberto Theodoro Júnior classifica-o como “superprincípio”<sup>28</sup>, uma vez que possui a função de coordenar e delimitar todos os demais princípios que integram tanto o processo como o procedimento, nunca deixando de lado os parâmetros constitucionais e os valores caros à sociedade.

A função que exerce o princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico é de vital importância para o Estado Democrático de Direito, uma vez que impõe, ao julgador, a função de complementar o trabalho do legislador, tornando o processo força viva, não limitada por parâmetros estritamente formais<sup>29</sup>, sobretudo pelo risco da frustração na realização do direito, mas instrumento útil a proporcionar provimentos judiciais compatíveis com a supremacia da Carta Magna e a garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

<sup>27</sup> Art. 5º, LIV da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 24.

<sup>29</sup> MORELLO, Augusto M. **El Proceso Justo**. 2. ed. Buenos Aires: Adeledo-Perrot, 2005, p. 71.

Esse “processo justo” impõe o dever de se assegurar a duração razoável do processo, com meios que propiciem a celeridade de tramitação, bem como a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, que são decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade.

O processo justo, para Augusto Morello<sup>30</sup> é a nova faceta do antigo processo legal<sup>31</sup> que, por sua vez, era limitado pela estrita observância de ritos. De modo a se adequar às exigências do moderno Estado Democrático de Direito, o processo justo deve consagrar os princípios do acesso à justiça, o direito de defesa e o contraditório com paridade de armas entre as partes, a imparcialidade do julgador, a duração razoável do processo e a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios.

#### 1.4.2 – O Acesso à Justiça

Considerando que a missão precípua do Estado é a busca pela pacificação social, o acesso à justiça deve ser fomentado em sua ampla acepção. Não se trata, simplesmente, do acesso ao Poder Judiciário, mas também diz respeito a outras formas, asseguradas pelo ordenamento jurídico, de se alcançar a solução de um conflito.

As formas alternativas, conhecidas como arbitragem e mediação, começam a ganhar espaço na cultura jurídica brasileira, tendo sido reguladas, respectivamente, pelas Leis nº 9.307/1996 (alterada pelas Leis 13.129 e 13.105, ambas de 2015, sendo esta última o Novo Código de Processo Civil) e nº 13.140/2015. Ainda sobre a Arbitragem, Gaio Júnior ressalta a característica alternativa desse meio de resolução de conflitos, salientando que a pacificação social é o fim maior ao qual o Estado de Direito deve buscar:

Com a percepção de que o Estado tem deixado muito a desejar, inclusive com falhas inadmissíveis reconhecidas por ele próprio, vem crescendo a consciência de que fundamental é pacificar, mesmo que esta não decorra de obra eminentemente estatal desde que seja por método eficiente e protetor das liberdades fundamentais do cidadão.

Consiste a Arbitragem em uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, estas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção e sem intervenção do Estado, sendo a solução destinada a assumir eficácia de sentença judicial.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> MORELLO, Augusto M. **El Proceso Justo**. 2. ed. Buenos Aires: Adeledo-Perrot, 2005, p. 86-89.

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 26.

<sup>32</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 27.

Conforme entendimento de Ada Pellegrini Grinover<sup>33</sup>, o acesso à justiça é um direito amplo, de obtenção de decisões justas para as lides, sendo o processo um instrumento de jurisdição, apto a produzir decisões conforme uma ordem de valores identificada no ordenamento jurídico. Dessa forma, é dever o Estado garantir à coletividade, além dos meios alternativos anteriormente citados, este instrumento processual como formas de proteção aos direitos consagrados no ordenamento jurídico.

*Todas as pessoas naturais e jurídicas, independentemente de qualquer condição, tem o direito de dirigir-se ao Poder Judiciário e deste receber resposta sobre qualquer pretensão.* Este é um direito que todos devem ter a possibilidade concreta de exercer, para a tutela de qualquer direito ou posição de vantagem, inclusive os de natureza coletiva ou difusa, tanto nas relações entre particulares como naquelas entre particular e o Estado, pois sem ela perdem os cidadãos a possibilidade de viverem em sociedade sob o império da lei. O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 já estabelecia, com acerto, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada (...) não tem Constituição”<sup>34</sup> (Grifo nosso)

Além disso, a garantia de acesso à tutela jurisdicional não se encerra no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas também incide no direito de defesa, que será minudenciado posteriormente.

Importante também destacar que o acesso à justiça deve ser visto, igualmente, no que concerne ao acesso a tribunais superiores. Para Augusto Morello, caso haja necessidade de recurso, comprovada a hipossuficiência da parte recorrente, deve ser garantido à mesma o acesso aos órgãos recursais. A carência de recursos financeiros não deve constituir óbice à garantia do duplo grau de jurisdição.<sup>35</sup>

O direito processual civil brasileiro preserva essa garantia de acesso aos tribunais superiores, demonstrada a carência de recursos financeiros, conforme redação do art. 98, §1º, VIII, CPC. Entretanto, merece destaque o posicionamento adotado pelo STJ, anterior à vigência do NCPC, que declarou desnecessários novos pedidos de gratuidade de justiça à medida que o recorrente muda de instância:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA (LEI 1.060/50, ARTS. 4º, 6º E 9º). CONCESSÃO. EFICÁCIA EM TODAS AS INSTÂNCIAS E PARA TODOS OS ATOS

<sup>33</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

<sup>34</sup> GRECO, Leonardo, **Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo**. In PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 371.

<sup>35</sup> MORELLO, Augusto M. **El Proceso Justo**. 2. ed. Buenos Aires: Adeledo-Perrot, 2005, p. 87.

DO PROCESSO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESNECESSIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. Uma vez concedida, a assistência judiciária gratuita prevalecerá em todas as instâncias e para todos os atos do processo, nos expressos termos do art. 9º da Lei 1.060/50.
2. Somente perderá eficácia a decisão deferitória do benefício em caso de expressa revogação pelo juiz ou Tribunal.
3. Não se faz necessário para o processamento do recurso que o beneficiário refira e faça expressa remissão na petição recursal acerca do anterior deferimento da assistência judiciária gratuita, embora seja evidente a utilidade dessa providência facilitadora. Basta que constem dos autos os comprovantes de que já litiga na condição de beneficiário da justiça gratuita, pois, desse modo, caso ocorra equívoco perceptivo, por parte do julgador, poderá o interessado facilmente agravar fazendo a indicação corretiva, desde que tempestiva.
4. Agravo interno provido, afastando-se a deserção.

(AgRg no EAREsp 86.915-SP, rel. Min. Raúl Araújo, Corte Especial, julgado em 26.2.2015)

No caso em estudo, a recorrente interpôs embargos de divergência sem a devida comprovação do pagamento de custas. O pedido de gratuidade de justiça foi feito no corpo da petição recursal, sendo este negado pelo Ministro Presidente da Corte, sob o argumento de que tal pedido deveria vir em petição avulsa. Ainda em seu voto, o Ministro afirmou que o pedido de gratuidade deveria ser renovado sempre quando do manejo de recurso a instância superior, uma vez que a concessão anterior não alcançaria as interposições posteriores. A parte foi intimada a providenciar o preparo do recurso.

Ocorre que, interposto o agravo regimental, entendeu o Ministro Relator Raúl Araújo que não haveria necessidade de renovações de pedido de gratuidade nos moldes impostos pelo Ministro Presidente, bastando que houvesse a comprovação de que a benesse da gratuidade fora concedida anteriormente, numa instância inferior. O agravo interno foi provido e afastou-se a deserção.

O acesso à justiça e aos tribunais superiores, portanto, independe das condições financeiras do litigante. Desse modo, consagra-se, além dos aludidos princípios, o princípio da igualdade.

### 1.4.3 – A Igualdade

Trata-se de um princípio importante para o processo e para a democracia.

Como bem observa Alexandre de Moraes<sup>36</sup>, o princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal<sup>37</sup> é tratado sob dois planos distintos: no primeiro, o indivíduo goza de tratamento isonômico frente ao legislador e ao administrador público, quando da edição de leis e atos normativos em geral, sendo vedada a criação de tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situação semelhante, sem qualquer disparidade latente no tocante a condições financeiras, de saúde ou de oportunidade. No segundo plano, há a obrigação imposta ao aplicador do direito, que deve aplicar a lei de forma igualitária, sem diferenciar os jurisdicionados quanto a questões de sexo, religião, classe social, raça, entre outros.

Em linhas gerais, no que diz respeito ao presente trabalho, o princípio da igualdade terá sérias implicações não só no momento da prolação da sentença ou de outras espécies de decisões judiciais, mas será de grande relevância para que, às partes, sejam conferidas as mesmas oportunidades de se manifestarem nos autos de um processo, podendo e devendo influenciar o julgador através das provas apresentadas, do enfrentamento de teses, entre outras formas de manifestação. A participação ativa e igualitária das partes influenciará fortemente a exposição de motivos, por parte do julgador, no ato de decidir.

Além disso, como se verá no decorrer do presente, os jurisdicionados tem direito ao tratamento igualitário de suas pretensões, quando apresentadas em juízo. Questões semelhantes apresentadas aos órgãos do judiciário devem ter uma resposta semelhante, por parte dos julgadores, no que hodiernamente se consubstancia na obrigatoriedade de previsibilidade dos julgados.

Não há democracia sem cidadãos iguais, da mesma forma que não há democracia sem jurisdicionados iguais. (...) *Urge, assim, se reconheça a necessidade de um tratamento isonômico pelas cortes Judiciárias para lides semelhantes para uma real afirmação do princípio democrático.*<sup>38</sup> (Grifo nosso)

---

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 65.

<sup>37</sup> “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

<sup>38</sup> SILVA, Celso Albuquerque. **Princípios Constitucionais e Efeito Vinculante**. In: PEIXINHO. Manoel Messias; GUERRA. Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO. Firly (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2001, p. 595.

A questão da previsibilidade das decisões será estudada exaustivamente no presente trabalho, sendo retomada a análise do princípio supracitado posteriormente.

#### 1.4.4 – A Imparcialidade do Julgador

É dever do Estado garantir que as partes litigantes tenham um tratamento igualitário no processo através da atuação de um juiz imparcial.

Mais do que dar efetividade ao princípio da igualdade, no presente caso, busca-se a concretização da garantia de justiça das decisões<sup>39</sup>, uma vez que a parcialidade do julgador acarretaria em sérios prejuízos à resolução da lide e ao Estado Democrático de Direito como um todo.

A decisão judicial adequadamente motivada se mostrará como prova de imparcialidade e justiça, devendo o magistrado observar e analisar cada ponto do processo, cada argumento trazido pelas partes e informar, nos motivos da decisão, se assiste razão ou não aos litigantes.

O princípio da imparcialidade do julgador encontra suporte na regra do juiz natural que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, “é aquele regular e legitimamente investido de poderes de jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo”, inscritas nos incisos do art. 95 da CF.<sup>40</sup>

Uma vez investido dessas garantias, o juiz natural é também imbuído da obrigação de ser imparcial, sendo esta uma garantia de neutralidade e distância em relação às partes.<sup>41</sup>

Tornam-se extremamente necessárias fórmulas que permitam o afastamento, exclusão ou recusa do julgador que não possa, por motivos diversos, garantir que a causa seja julgada de forma imparcial. Essas fórmulas são, sabidamente, as regras de impedimento ou suspeição do juiz, que visam a concretização da ideia do juiz natural. No Novo Código de Processo Civil, as regras de impedimento e suspeição encontram-se nos arts. 144 e 145.

---

<sup>39</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 94.

<sup>40</sup> “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, (...);

II - inamovibilidade, (...);

III - irredutibilidade de subsídio, (...).”

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 522.

### 1.4.5 – O Contraditório e a Ampla Defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa aparece no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal<sup>42</sup>. É um princípio aplicável a todos os processos, inclusive aos administrativos<sup>43</sup> e introduz, na ordem jurídica, a ideia de construção democrática do processo.<sup>44</sup>

O processo é meio de defesa da dignidade humana. Não só o acesso aos juízes e tribunais deve ser fomentado, como a devida participação do jurisdicionado na marcha processual. O resultado justo da demanda dependerá da atuação de todos os envolvidos na relação jurídica processual.

(...) O Processo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.<sup>45</sup>

É a partir do diálogo entre as partes que o processo obterá um desfecho justo, dando a cada um o que é seu por direito.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*”, em um processo dialético. (...) As partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de ‘colaboradores necessários’: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.<sup>46</sup>

Importante salientar que o rito processual civil pode caminhar sem a presença do réu, tendo este, anteriormente, sido regularmente citado ou intimado. Trata-se da questão da

<sup>42</sup> Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

<sup>43</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 88-89.

<sup>44</sup> GRECO, Leonardo, **Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo**. In PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 379.

<sup>45</sup> *Id. Ibid*, p. 369.

<sup>46</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61.

revelia que, de forma alguma, representa transgressão<sup>47</sup> ao princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o réu, tendo plena consciência de que uma demanda foi formulada contra si, ficou-se inerte. No atual código de processo civil, a previsão da revelia encontra-se descrita no art. 344.<sup>48</sup>

Entretanto, ao se tratar de direitos indisponíveis, o contraditório deverá ser efetivo, devendo o juiz, mesmo com o réu revel, nomear-lhe um curador especial (art. 72, II, NCPC). A atuação do curador especial é de vital importância para o regular andamento do processo:

Importa destacar que a curadoria especial é um *munus* público, cabendo, ao curador defender o réu e contestar o feito. A regra geral é que a curatela especial seja exercida pela Defensoria Pública, cabendo, neste caso, prerrogativa de prazo para a contestação. O defensor público possui prazo em dobro para realizar a contestação de acordo com a regra jurídica prevista no artigo 5º, §5º da Lei 1.060/50

(...)

A nomeação do curador especial não exclui a intervenção do Ministério Público.

Curador especial em favor do Idoso. Lei n. 8.842/94.<sup>49</sup>

Outro ponto que merece destaque, no Novo Código de Processo Civil, é a garantia, conferida ao réu revel, de produzir provas, contrapostas às alegações autorais, desde que seja representado em tempo hábil para a prática dos atos processuais imprescindíveis a essa produção (art. 349). Com a redação desse artigo, percebe-se a preocupação da nova legislação com a proximidade da “verdade real” com a “verdade formal”, dando o devido prestígio aos “preceitos indissociáveis do processo democrático, tais como aquele do contraditório e o da paridade de armas, muito bem elencados no CPC em seus arts. 7º e 10, respectivamente.”<sup>50</sup>

Esse diálogo entre as partes será importante para que a atividade jurisdicional seja desenvolvida com a maior justiça possível. O magistrado deve se mostrar atento à dinâmica desenvolvida no processo e suas decisões devem buscar dar um desfecho justo a todo o embate desenvolvido nos autos.

<sup>47</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 95.

<sup>48</sup> “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

<sup>49</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 92.

<sup>50</sup> *Id. Ibid*, p. 300.

#### 1.4.6 – A Duração Razoável do Processo

A Emenda Constitucional n.45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal<sup>51</sup> e consagrou-se, no ordenamento jurídico, o que a doutrina denominou como “princípio da celeridade”.

Importante destacar que a preocupação com a celeridade na tramitação processual possui intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o bem-estar social, haja vista que a garantia de decisões céleres contribuiria para um maior prestígio do Poder Judiciário frente à população.

Entretanto, como bem observa Antônio Pereira Gaio Júnior, o “princípio da celeridade” não é garantia de justiça das decisões. O processo possui o seu tempo e a justiça das decisões depende da observância dos demais princípios que o regem, não devendo prevalecer a celeridade sobre o demais em todas as oportunidades:

Fato é que a celeridade ou rapidez procedimental, não se pode dar sob qualquer pretexto e a todo custo, dado o exato compromisso do processo como instrumento democrático e disso discorre o respeito basilar ao exercício pleno do contraditório, ampla defesa, produção das provas com qualidade e licitude, dentre outras garantias, de modo a evitar que em nome de uma pressa disfarçada de celeridade, se encubra os riscos e máculas a serviço de uma tutela jurisdicional presta e satisfativa.<sup>52</sup>

Não é só o acesso ao judiciário que deve ser fomentado, mas a saída desse mesmo Poder, com a devida satisfação da pretensão.

Portanto, não há prevalência do “Princípio da Celeridade” sobre os demais. Todos os princípios processuais deve atuar de forma coordenada, a fim de que a resposta dada aos jurisdicionados satisfaça os anseios dos mesmos por justiça.

#### 1.4.7 – A Motivação das Decisões Judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais, assim como todos os outros princípios que regem o processo, encontra fundamento no texto constitucional, mais especificamente no art. 93, IX, CF.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Art. 5º, LXXVIII da CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>52</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 99-100.

<sup>53</sup> Art. 93, IX da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias

Observa-se que o inciso também traz consigo a ideia central do princípio da publicidade, que também é tratado no inciso subsequente<sup>54</sup> e no art. 5º, LX<sup>55</sup> da Carta Magna. Sendo os atos processuais públicos, ou seja, acessíveis à coletividade, destaca-se a imparcialidade, independência e autoridade dos órgãos julgadores<sup>56</sup>. Há também a previsão de relativização desse princípio, diante das exigências do interesse público.

Importante destacar que a norma constitucional obriga a fundamentação de todas as decisões tomadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade. Deve-se compreender que não só uma decisão não fundamentada é nula, como aquela deficientemente motivada é passível de anulação.

O pronunciamento dos órgãos do poder judiciário acerca das lides, além de ser de vital importância para a solução dos casos individuais, conferindo justiça aos litigantes, deve possuir um viés público, conferindo segurança e previsibilidade aos jurisdicionados. O juiz deve aceitar o desafio de resolver a lide da forma mais adequada à Constituição<sup>57</sup>. A decisão judicial é um ato de responsabilidade política<sup>58</sup>, vital para o Estado de Direito.

Ocorre que, no direito brasileiro, ainda perduram problemas gravíssimos quanto à atuação dos magistrados nos processos judiciais. Antes depositário das esperanças da população quanto a decisões céleres, previsíveis e justas, o magistrado ganha, por vezes, as características de inconstância, discricionariedade e uso estratégico da jurisdição.

As decisões judiciais devem obedecer a determinados parâmetros, sendo primordial que o princípio da motivação das decisões seja realizado da melhor forma possível: isenta, a decisão, de preconceitos; acorde com os posicionamentos dos demais órgãos e tribunais superiores; e completa, tal como uma obra literária à qual cabe ao magistrado escrever a conclusão de um capítulo, levando em conta toda a disputa desenvolvida pelas partes e cada um dos argumentos trazidos pelas mesmas.

A decisão judicial deve ser o momento de legitimação do Poder Judiciário frente à população, haja vista que os demais poderes são constituídos através do voto popular. Para

---

partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”;

<sup>54</sup> Art. 93, X. “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;”

<sup>55</sup> Art. 5º, LX. “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

<sup>56</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 97.

<sup>57</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 15.

<sup>58</sup> *Id. Ibid*, p. 20.

que os juriscionados possam fiscalizar a atividade jurisdicional, é necessário que as decisões sejam claras, completas, coerentes entre si e com as leis do país, estas elaboradas pelo povo através de seus representantes nas casas legislativas. A fundamentação deve ser encarada, justamente, como um “prestar de contas do Estado” à população, de modo a demonstrar que os magistrados, mesmo não ingressando na carreira por escolha popular, estão atuando de forma devida, promovendo o bem-estar social.<sup>59</sup>

Há, portanto, o diálogo de todos os princípios expostos até o presente momento, não havendo prevalência de um sobre o outro, mas sim uma questão de complementaridade, a fim de que o processo seja, efetivamente, instrumento útil à pacificação social e consagração dos valores constitucionais.

---

<sup>59</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 16.

## **CAPÍTULO 2: A Fundamentação das decisões judiciais enquanto imperativo constitucional**

### **2.1 – O Poder Judiciário como depositário da esperança da população.**

Tendo por base a Constituição Federal de 1988 e os diversos princípios processuais nela inscritos, o Poder Judiciário passou a gozar de grande prestígio perante a população. Sobre ele foram depositadas as esperanças do povo quanto à celeridade na tramitação dos processos e na justiça das decisões<sup>60</sup>. Notadamente, a nação acabara de passar por um longo período de cerceamento de direitos ocasionado pelos governos militares, tendo a redemocratização reinflamado as aspirações populares pela efetividade de seus direitos de cidadania, positivados no texto constitucional.

Ocorre que os anseios populares não foram correspondidos de imediato com o advento da “Constituição Cidadã”, uma vez que se operou algo inédito na história jurídica brasileira: um gigantesco número de demandas, sendo apreciadas por um judiciário limitado, carente de magistrados. Como decorrência lógica desse quadro, ocorreu um abarrotamento de demandas ainda pendentes de solução, o que acabou por colocar a aparelhagem judiciária numa situação de descrédito.<sup>61</sup>

O congestionamento do judiciário é um problema que persiste. Segundo dados do CNJ, em 2014, mais de 70,8 milhões de processos ainda se encontravam pendentes, havendo uma estimativa de que, em 2015, tramitaria cerca de 103,1 milhões de processos no país, o que representaria um processo para cada dois brasileiros.<sup>62</sup>

Indubitavelmente, a aparelhagem judiciária do Estado precisa de profundas mudanças. A carga de processos é incompatível com o número de magistrados em nosso país, quem em 2014 chegava a 16.927.<sup>63</sup>

A figura do juiz é de fundamental importância para o Estado de Direito. Suas decisões são necessárias para a manutenção da ordem social e devem reforçar a vontade e os valores da coletividade, expressos na carta maior. Somente com a reforma da aparelhagem

---

<sup>60</sup> SILVA, Celso Albuquerque. **Princípios Constitucionais e Efeito Vinculante**. In: PEIXINHO. Manoel Messias; GUERRA. Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO. Firly (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2001, p. 591.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> Justiça em números 2015: ano-base 2014 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015, p. 34. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

<sup>63</sup> Justiça em números 2015: ano-base 2014 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015, p. 31. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

estatal no tocante ao Poder Judiciário será possível resolver o problema do congestionamento de processos, que tanto compromete a credibilidade do poder judicante.

Essa ênfase dada à atuação dos magistrados e tribunais é um fenômeno relativamente recente. Nem sempre, ao juiz, foi creditada a valorosa função de dar efetividade aos direitos consagrados na carta constitucional. Trata-se de uma conquista alcançada pelo Estado Democrático de Direito, que deslocou o magistrado da função simplória de “boca da lei” para promotor dos valores da sociedade, através de decisões que, em seus fundamentos, privilegiem os princípios constitucionais e legitimem sua atuação frente à população.

## **2.2 – A figura do juiz na história do Direito: Da Revolução Francesa até o Estado Social de Direito**

### **2.2.1 – O positivismo jurídico: Do Estado Liberal ao Estado Social**

Com o sucesso da Revolução Francesa, ocorreu uma ruptura brusca e violenta com o antigo regime. Tudo o que remetia às ideias absolutistas era rechaçado. Neste período, a magistratura era vista como uma “nobreza de toga” pelas práticas pretéritas de venda de decisões e funções públicas em troca de favorecimentos reais.<sup>64</sup>

Sendo assim, com a intenção de edificar uma nova nação francesa, comprometida com as liberdades individuais, atribuiu-se enorme relevância ao trabalho legiferante, uma vez que os membros do Parlamento eram os verdadeiros representantes escolhidos pelo povo. A tarefa conferida aos legisladores seria elaborar um ordenamento jurídico tão perfeito e completo que sequer necessitaria de interpretação ou valoração por parte dos julgadores. “Lei” e “Direito” seriam uma mesma coisa, e ao magistrado caberia a simples função de averiguar, no contexto fático estudado, qual dispositivo legal teria aplicação, inexistindo qualquer esforço hermenêutico por parte deste último. Toda a valoração teria sido feita previamente pelo legislador e o código seria um texto onipotente, livre de lacunas.<sup>65</sup>

Para os franceses da época, nessa garantia de que o juiz não passaria de “boca da lei”<sup>66</sup> repousaria as bases da segurança jurídica. Não podendo influir na vida dos cidadãos, sendo limitado à aplicação do texto positivado, o magistrado não restringiria a liberdade do povo.

---

<sup>64</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 54.

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.

Data dessa época o surgimento da Escola da Exegese, que propunha a aplicação da lei através de uma simples operação silogística: “conhecedor daquilo que está estatuído nos códigos, o juiz simplesmente os aplica (enquanto premissa maior) ao caso que lhes é narrado (premissa menor)”<sup>67</sup>. Como observa Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>68</sup>, o dever de motivar as decisões, nessa época, possuía íntima relação com a supremacia da lei, legado do Iluminismo. Sendo a lei expressão maior da vontade nacional soberana, nada mais apropriado que o juiz demonstrar que observou o entendimento da opinião pública e que suas decisões estavam adequadamente apoiadas nos textos legais.

Na Alemanha, a Jurisprudência dos Conceitos, cujos maiores expoentes foram Friedrich Savigny e Bernhard Windscheid, de forma semelhante à Escola da Exegese, entendia que a codificação era um instrumento adequado e suficiente para garantir respostas a todos os casos concretos submetidos ao judiciário. Os códigos, elaborados de forma sistemática, seriam completos, prevendo conceitos gerais e específicos que possibilitariam, ao julgador, encontrar a solução para o caso concreto, aplicando, sem qualquer problema, o silogismo.

Pietro Perlingieri é um crítico da sistematização dos códigos, e seus motivos são dignos de nota: trata-se de “uma eternização do presente e uma tentativa de modernização do passado, como se a história fosse achatada, aplanada e apenas o conceito teórico sobrevivesse aos tempos”.<sup>69</sup>

Essa forma primitiva de positivismo serviu bem ao período anterior à Primeira Guerra Mundial. De fato, no decorrer da história jurídica dos países europeus adeptos da *Civil Law*, as situações do presente eram reguladas com precisão e detalhamento: “*la inmutabilidad es el carácter de una buena legislación*”<sup>70</sup>. A tranquilidade social e a estabilidade das relações sociais contribuíram para a imutabilidade da legislação, que conseguia atender aos anseios da sociedade da época de forma eficaz. Entretanto, com o advento de novas tecnologias e a crescente globalização, a legislação elaborada com vistas à perenidade acabou por se afastar da realidade social.

---

<sup>67</sup> ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 2013, p. 328.

<sup>68</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: RT, 2013, p. 53

<sup>69</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Il Diritto Civile Nella Lagalita Costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 24.

<sup>70</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. **El Derecho como Obstáculo al Cambio Social**. México: Siglo Veintiuno Editores, 1979, p. 33

Mesmo que o legislativo, atento e sensível às mudanças sociais, buscasse renovar o texto legal, a realidade prática se mostrava dinâmica, e toda a luta por atualização legislativa, com as mudanças sociais ocorridas após a Primeira Guerra Mundial, mostrou-se inóqua.

Nesse contexto, desponta o trabalho de Hans Kelsen. Tendo o positivismo do século XIX incorrido no erro de imaginar um ordenamento jurídico completo, pronto e acabado para o simples atuar silogístico do julgador, cumpriu a Kelsen a missão de demonstrar que a lei seria insuficiente para ditar o conteúdo do direito<sup>71</sup>. Seria motivo de extrema insegurança o fato de juízes valerem-se do texto legal para decidirem casos análogos de forma diferente. Assim, o objetivo de sua teoria era fornecer segurança jurídica, despindo o direito de valores, tornando-o objetivo e previsível. Não haveria, portanto, qualquer influência da moral ou da política sobre o direito.<sup>72</sup>

Importante destacar que a grande inovação trazida com a Teoria Pura do Direito de Kelsen foi o reconhecimento de que os dispositivos legais são dados linguísticos, passíveis de interpretações divergentes, por parte dos intérpretes. Enquanto teoria do ordenamento positivo, a obra é completa. Entretanto, Leonard Ziesemer Schmitz admite que Kelsen se esquivou de esboçar uma teoria da decisão, limitando-se a conceituar a chamada “moldura semântica”: os artigos da lei, denominados de normas abstratas, projetariam uma gama de possibilidades de sentidos. O intérprete poderia optar por um dos sentidos presentes dentro da “moldura”, uma vez que todas as interpretações possíveis seriam tidas como válidas.

Na visão de Melenick de Carvalho Netto, reforçada por Leonard Ziesemer Schmitz<sup>73</sup>, passa-se da ideia de juiz “boca da lei” para a motivação subjetiva e relativista da decisão judicial, sendo praticamente impossível determinar como cada intérprete julgará o caso concreto.

A aplicação prática do direito, nesta conjuntura, foi relegada a uma questão política. O ordenamento jurídico e sua aplicabilidade, portanto, ficariam reféns do comportamento dos intérpretes autênticos.

O juiz kelseniano não é, de forma alguma, um reproduzidor mecânico de sentidos como foram os julgadores do século XIX. O problema da teoria pura é, justamente, *a discricionariedade e a subjetividade*; a teoria pura conduz inevitavelmente à falta de controle do conteúdo das decisões

---

<sup>71</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 62.

<sup>72</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 18.

<sup>73</sup> CARVALHO NETTO, Melenick de Carvalho *apud* SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 64.

judiciais. Por isso é difícil aceitar que, com o intuito de “superar Kelsen”, algumas correntes de pensamento advoguem um espaço interpretativo maior aos juízes. Isso acaba por cair, novamente, na mesma Teoria Pura do Direito da qual se tentou afastar<sup>74</sup> (Grifo nosso).

Ocorreram grandes avanços com o positivismo de Kelsen. Entretanto, seria necessária uma teoria consistente de interpretação e decisão judicial, a fim de que se afastassem os males do silogismo e da discricionariedade.

### 2.2.2 – O Pós-positivismo e o Estado Democrático de Direito

Para Leonard Ziesemer Schmitz, o trabalho de Friedrich Müller ao elaborar a “Teoria Estruturante do Direito” foi determinante para estabelecer as bases do pós-positivismo<sup>75</sup>. Como se verá a seguir, o pós-positivismo de Müller não se limita a afirmar que a mera introdução de princípios no ordenamento jurídico solucionou os problemas do positivismo de Kelsen: Müller detalhou uma teoria da decisão, afastando a legitimidade da atuação silogística e discricionária dos magistrados. A fundamentação das decisões, baseada em valores constitucionais, servirá como forma de legitimação da atuação do magistrado frente a população.

O contexto histórico ora estudado é o do pós-guerras. O Estado abstencionista do liberalismo não era capaz de promover a igualdade material e de proteger, efetivamente, os direitos individuais. Dessa forma, a nova conjuntura que se formava exigia que o Estado intervisse na sociedade, promovendo o bem-estar social.

No âmbito jurídico, essa mudança de estrutura teve grandes implicações, sobretudo na postura que os magistrados deveriam adotar, do pós-guerra em diante. Reconheceu-se que o Poder Judiciário não poderia mais ficar alheio aos anseios populares, diante do fracasso do protagonismo do Legislativo.

A completude do sistema jurídico legislado se mostrou uma ficção, impraticável na realidade. Dando-se conta de que as regras não seriam capazes e suficientes para abarcar as situações da vida, a doutrina decidiu se debruçar sobre a formulação de outro instituto normativo, hábil a auxiliar os julgadores na construção de respostas jurídicas.

Robert Alexy, ao elaborar sua teoria principiológica, afirmava que o positivismo não foi capaz, por si só, de deslegitimar regimes autocráticos ditatoriais, sendo a aplicação do direito positivo, nesses moldes, reconhecidamente injusta, devendo ser corrigida para que a

---

<sup>74</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 66.

<sup>75</sup> *Idem*.

justiça pudesse prevalecer<sup>76</sup>. Nesse contexto, surge então a Jurisprudência dos Valores: escola baseada na ideia do direito como possibilidade de realização da moral.

Enquanto Kelsen reconhecia a norma jurídica como um comando, um mandado de definição que visava descrever condutas, Alexy reconhecia os princípios como mandados de otimização<sup>77</sup>, aplicados sempre na máxima eficácia possível diante do caso concreto.

Nesse ponto, observa-se que, ao juiz, caberia a tarefa de aplicar esses mandados, ponderando princípios em caso de colisão. Entretanto, o problema da discricionariedade é apontado por Rafael Thomaz de Oliveira<sup>78</sup>: mesmo com a tentativa louvável de buscar uma racionalização do discurso do direito para sua adequada aplicação, Robert Alexy não conseguiu se ver livre de um método procedimentalista colocado à disposição do julgador: a ponderação.

A principal crítica quanto à ponderação reside no fato de que quem pondera, no caso, o aplicador do direito, escolhe como decidir. Essa despreocupação da teoria com as múltiplas interpretações de valores fez com que o problema da discricionariedade ressurgisse. Além disso, Robert Alexy entende a ponderação como a técnica necessária para solucionar a colisão entre dois princípios, devendo um ser preterido em detrimento do outro na análise do caso concreto pelos crivos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Fato é que a teoria não responde à hipótese de colisão entre mais de dois princípios, bem como levanta uma série de outros questionamentos.

No atual estado da processualística, reconhece-se que não há decisão judicial que não mencione princípios, ou deixe de lembrar que a solução encontrada pelo magistrado “prestigiou” determinado princípio. Seriam, portanto, os princípios mais importantes que as regras positivadas?

Além da problemática que envolve uma possível hierarquia entre regras e princípios, surge uma questão que, até os dias de hoje, desperta preocupação no meio jurídico: como se dá a justificação de uma determinada decisão por um princípio?

Lênio Luiz Streck reconhece que, no Brasil, nota-se uma abundância de princípios em decisões judiciais, sem uma devida contextualização e delimitação de conteúdo, sendo os mesmo invocados de forma irresponsável pelos julgadores. Esse fenômeno do “pan-

---

<sup>76</sup> RADBRUCH, Gustav *apud* SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 133.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-87.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 198.

principiologismo”<sup>79</sup> acarreta num enfraquecimento da autonomia do direito, haja vista que os princípios seriam comprometidos, apenas, com a vontade de quem julga. As possibilidades argumentativas fornecidas pelo uso indiscriminado e irresponsável dos princípios reduziria significativamente o conteúdo democrático das decisões. Mais uma vez a discricionariedade estaria presente nas decisões judiciais, ocasionando insegurança, por parte dos jurisdicionados, e conferindo poderes quase ilimitados aos julgadores.

A fim de responder essas questões, Leonard Ziesemer Schmitz propõe a análise da teoria de Dworkin acerca dos princípios. Mesmo pertencente à *common law*, a teoria desenvolvida por Dworkin consegue responder satisfatoriamente a boa parte dos questionamentos acima formulados.<sup>80</sup>

Em contraposição à técnica da ponderação, Dworkin afirma que a análise do caso concreto não contempla, unicamente, o conflito entre dois princípios. Deve o aplicador do direito observar a totalidade de princípios existentes a fim de que formule sua decisão.

A sofisticação na teoria elaborada por Dworkin se traduz na visão de que os princípios não deveriam ser compreendidos matematicamente: seriam construções compatíveis com a história. Portanto, técnicas e métodos de aplicação não trariam um resultado correto no trabalho de fundamentação.

Considerando que a fundamentação baseada em regras seria essencialmente falsa, entende Dworkin que o Direito deve ser relacionado, obrigatoriamente, com a realidade, que é dado dinâmico. Os princípios que são, de fato, relevantes para esse papel de complementação das regras seriam os democraticamente aceitos como parte de um ordenamento<sup>81</sup>. Vê-se, portanto, uma clara vedação ao pan-principiologismo, devendo o julgador observar a construção histórica do princípio e como o mesmo é encarado pela coletividade.

Dworkin também rechaça a divisão dos casos concretos entre *Easy Cases* – aqueles facilmente solucionáveis com a aplicação de regras – e *Hard Cases* – quando o aplicador do direito deveria observar a totalidade principiológica para fundamentar sua decisão. O pronunciamento do magistrado, independentemente de se tratar de casos fáceis ou difíceis, necessita de justificação, devendo todo o caso concreto ser encarado como *hard*, diante da responsabilidade política que possui o magistrado, imposta pela obrigação de fundamentação das decisões, que possui base constitucional. A decisão deixa de ser um ato de vontade e o

---

<sup>79</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517-534.

<sup>80</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 143 e ss.

<sup>81</sup> *Id. Ibid*, p. 143.

Estado Constitucional não reconhecerá, como legítima, uma decisão tomada como uma escolha livre do julgador. Princípios e regras não possuem uma hierarquia, mas devem ser aplicados de forma coordenada, a fim de que a fundamentação seja a mais completa possível e atenta aos ditames constitucionais de democráticos. É justamente essa responsabilidade política e democrática que orienta a “Teoria Estruturante do Direito”, de Friedrich Müller.

### 2.2.3 – A Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller

Tal como Dworkin e Alexy, Müller reconhece que o texto da lei não é suficiente para abarcar todas as situações presentes e futuras. Lei, doutrina, precedentes judiciais e súmulas são dados linguísticos, e estes possuiriam normatividade, entendida como a potencialidade de impor determinados comportamentos.<sup>82</sup>

Müller denomina de “norma” a decisão, que só existe diante de uma facticidade concreta. Antes do caso concreto, existiria apenas texto normativo, sendo a norma a aplicação prática do direito. Cada conceito jurídico, portanto, passaria a existir no momento de sua aplicação. Acorde com tal afirmação, Gabriel Ivo destaca a importância do trabalho do aplicador do direito, ao fazer com que os enunciados linguísticos adquiram sentido:

Norma jurídica não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas, e sim, meros enunciados linguísticos esparramados pelo papel, aguardando que alguém lhes dê sentido<sup>83</sup>.

Comandos abstratos, portanto, não teriam conteúdo de norma, sendo essa ideia frontalmente conflitante com a concepção positivista que, conforme visto anteriormente, acreditava num sentido pré-concebido pelo legislador, atuando o julgador na subsunção dos fatos à lei.

Importante destacar que, para Müller, cada norma seria irrepetível, uma vez que diria respeito a uma situação concreta específica. Mesmo que dois casos concretos aparentem identidade, o processo de compreensão e interpretação do Direito jamais será dispensado. Assim, a fim de que um caso seja considerado efetivamente “idêntico”, é imprescindível o

---

<sup>82</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 69.

<sup>83</sup> IVO, Gabriel. **A Incidência da Norma Jurídica: o cerco da linguagem.** Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 4. Rio de Janeiro: Padma, out-dez. 2000, p. 38.

momento hermenêutico, a interpretação, não existindo norma – no sentido de resposta ao caso concreto – anterior à decisão judicial.<sup>84</sup>

Esse momento da compreensão é caro ao intérprete do direito, que não pode se utilizar de qualquer tipo de discricionariedade ou arbitrariedade, sendo unicamente condicionado pela facticidade.

A afirmação de que o intérprete sempre atribui sentido (*sinngebung*) ao texto nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentido de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma<sup>85</sup>).

O processo de interpretação envolve constantes idas e vindas entre a facticidade e o complexo legal. Embora o julgador possua pré-conceitos, não deve se deixar guiar pelos mesmos ao prolatar sua decisão. A técnica do círculo hermenêutico tem, justamente, a função de comprovar ou não os pré-conceitos do julgador:

Ao contrário de negar pré-conceitos, portanto, o intérprete deve abraçá-los, para identificar quais são justificáveis dentro da fundamentação de uma decisão. O pré-conceito autêntico é aquele cuja demonstração seja possível não só aos olhos do intérprete, mas sob um filtro democrático<sup>86</sup>.

A “técnica” do círculo hermenêutico está consonante com a ideia de totalidade principiológica, enunciada por Dworkin. Assim, observando os valores reinantes numa sociedade, presentes na Constituição, o intérprete solucionará os conflitos sem cair em arbitrariedades ou na discricionariedade.

A figura do magistrado, indubitavelmente, ganhou significância no decorrer da história jurídica moderna. Antes limitado a ser “boca da lei”, hoje o julgador possui um papel fundamental na construção do estado democrático, sendo convocado a agir ativamente na preservação dos valores constitucionais e na promoção do bem comum. O juiz possui responsabilidade democrática, devendo este dever ser melhor delineado.

#### 2.2.4 – A responsabilidade democrática do juiz

Firmou-se o entendimento de que o magistrado deve ser comprometido com a integridade da ordem jurídica e com a realização dos valores constitucionais. Não existe

---

<sup>84</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 71.

<sup>85</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

<sup>86</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 162.

espaço para se admitir que a atuação jurisdicional seja realizada de acordo com o entendimento que possui o magistrado acerca de justiça. O conceito de justo é algo pessoal, subjetivo, logo, nem sempre está em consonância com os valores reinantes da ordem jurídica.

A questão do compromisso do julgador com a ordem vigente é, por vezes, criticada, sobretudo pela Escola do Direito Livre, que tem por expoente nacional Rui Portanova.<sup>87</sup>

Afirmando que o princípio da neutralidade é uma falácia, Portanova desenvolve a teoria de que, na motivação das decisões judiciais, o julgador deve atender aos reclames políticos das partes, não devendo ser reduzido ao papel de “porta-voz do sistema”. Admitindo, igualmente, que a lógica formal, subsuntiva e silogística não daria conta do fenômeno jurídico, o autor defende que o positivismo jurídico só seria superado através de uma atitude questionadora do magistrado. Se o julgador admitisse que é neutro, na verdade, estaria comprometido com a conservação do sistema, e esse sistema, na visão de Portanova, é ineficiente para resolver os conflitos:

Por sua vez, a segurança é valor que por si só se opõe ao valor justiça. O desejado de decisões mais previsíveis, mais uniformes, choca-se com os ideais de justiça. É que justiça tem que compreender o ineditismo da vida, a mudança contínua. O valor justiça é mais importante que o valor segurança. Esta fundamentalmente garante a segurança das classes que fizeram a lei ou tiveram papel preponderante na sua feitura. Não há deixar de reconhecer, tal postura leva a certa insegurança.<sup>88</sup>

O juiz, para Portanova, seria o defensor da justiça e este valor deveria prevalecer sobre todos os outros.

Na doutrina, existem vozes que afirmam que o juiz deve ser um vocacionado. O senso de justiça seria inerente à sua pessoa que, portador de uma notável sensibilidade, conseguiria por fim ao conflito.

Toda a conduta do juiz depende, por primeiro, de ser verdadeiramente vocacionado para o mister, como devem ser vocacionados todos os sacerdotes que são, afinal, aqueles que oferecem o sacrifício. A vocação traz consigo a sensibilidade [...] trazendo também o equilíbrio emocional, indispensável a quem se coloca no centro da controvérsia para equilibrar as forças e a

---

<sup>87</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49 e ss.

<sup>88</sup> *Id. Ibid*, p. 61.

serenidade (paz e tranquilidade de espírito), sem a qual não há como fazer uso da razão.<sup>89</sup>

Analisando os motivos expostos por Rui Portanova e a noção de vocação para exercer a magistratura, percebe-se que decisões discricionárias ainda representam um perigo em nosso direito. Permitir que o juiz julgue de acordo com suas concepções, com sua ideologia, sem qualquer limite, confrontando até mesmo a ordem constitucional sob a alegação de que a ordem vigente perpetua os privilégios dos detentores de poder<sup>90</sup> é uma atitude irresponsável, atentatória à segurança jurídica e aos direitos e garantias consagrados no texto da carta magna.

A responsabilidade democrática do juiz se apresenta como forma de legitimação da atuação jurisdicional pelo verdadeiro detentor do poder soberano do Estado: o povo. O intérprete, portanto, deve respeitar a vontade popular, expressa na Constituição e nas leis, nunca usurpando o poder para si.

O ato de interpretar/aplicar/julgar é uma responsabilidade democrática [...] É preciso discordar, nesse ponto, de quem defende que o direito pode ser aquilo que o intérprete quer que ele seja: se assim fosse, dependeríamos, como cidadãos, mais de sorte do que do direito.<sup>91</sup>

Reconhecendo esse necessário comprometimento do magistrado com o ideal democrático, passa-se a analisar a crise vivenciada pelo judiciário, que em sua prática diária, ainda enfrenta grandes dificuldades no que diz respeito às decisões proferidas por seus órgãos.

## 2.3 – A crise na fundamentação

### 2.3.1 – O Solipsismo

O principal problema da Escola Livre do Direito, estudada a pouco, é transformar os julgadores, indevidamente, em donos do sentido do direito.

A atmosfera que envolve a figura do julgador deve deixar de ser mística, sendo o magistrado reconhecido como um indivíduo comum, passível de erros e atitudes autoritárias. O mundo jurídico não pode ser interpretado ao bel prazer do intérprete, pois a atividade jurisdicional necessita de legitimação. Será sempre legítima a decisão que prestigiar os

---

<sup>89</sup> MANZI, José Ernesto. **A Fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009, p. 182.

<sup>90</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 67.

<sup>91</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 108.

valores sociais, expressos na Constituição, não podendo o juiz alegar um senso de justiça para decidir o caso concreto.

A justiça individual, o modo de ver o mundo jurídico, as interpretações subjetivas não devem prevalecer sobre a segurança jurídica da coletividade.

O solipsismo, para Lênio Luiz Streck, é o fenômeno que ocorre quando o magistrado se torna o “dono do sentido do Direito”<sup>92</sup>. Consiste na ideia de que o mundo, ao redor do intérprete, seria um esboço virtual de suas convicções. O Magistrado desejaria realizar, no contexto real, as convicções existentes em seu íntimo. Ele decidiria o que é a verdade, o direito.

Inegável, portanto, o atentado ao princípio democrático e da separação dos poderes. As ideias de “vontade do legislador” e “vontade da norma” encontram-se ultrapassadas e, especialmente no tocante a este último dogma, o magistrado não pode decidir discricionariamente, baseado no “sentir”, qual é a verdadeira interpretação do texto normativo, aqui entendido como leis, enunciados de súmulas, precedentes etc. O atuar do Poder Judiciário será sempre vinculado a uma vontade maior, que é a vontade constitucional. A justiça das decisões reside nesta vinculação, não sendo os juízes seres “especiais”, oráculos da verdade.

O solipsismo, portanto, é um mal ainda presente no direito brasileiro pela atmosfera mística que envolve a figura do juiz. É uma das facetas da discricionariedade, que será exposta a seguir.

### **2.3.2 – O problema da morosidade e a falsa solução encontrada pela standardização do direito**

Um dos principais problemas enfrentados pelos julgadores é o altíssimo volume de trabalho dos tribunais e o abarrotamento das funções do Judiciário, justamente quando a palavra de ordem da atual processualística é a celeridade.

Há muito é reconhecido pelos juízes que existem causas semelhantes aguardando julgamento. São matérias a muito pacificadas pelos tribunais e que acabam por aumentar o contingente de trabalho. Desde 1996, a existência de causas repetitivas é um problema apontado pelos doutrinadores.

(...) são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em

---

<sup>92</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61.

todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência<sup>93</sup>.

O problema da insegurança no julgamento e processamento de causas semelhantes coloca em xeque, sobretudo, o princípio da igualdade. Sendo causas que versem sobre a mesma matéria de direito, nada mais justo que a solução encontrada para um caso abarque todos os outros, reconhecidamente semelhantes:

Por outro lado, somando-se à problemática quantitativa, tem-se a necessidade de melhor equalização das decisões judiciais aos casos concretos com nítida similitude, ou seja, nota-se, de muito, uma variedade de julgados com comandos discrepantes sobre uma mesma situação de direito, fortalecendo o sentimento de insegurança jurídica, realçando em sua face subjetiva, ou seja, na confiança legítima dos cidadãos quanto à calculabilidade e previsibilidade dos atos dos poderes públicos, contrariando assim o próprio e verdadeiro escopo da visão democrática a que o processo, como instrumento de liberdade, deva encarar e incansavelmente perquirir: o empenho à igualdade de todos perante o direito<sup>94</sup>.

No decorrer do presente trabalho, reconheceu-se que as causas devem ser vistas em sua individualidade e que o reconhecimento de uma causa como semelhante à outra necessita da devida motivação. O art. 976 do NCPC<sup>95</sup> regula efetivamente o cabimento e os artigos subsequentes o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Entretanto, persiste no ordenamento o problema da estandardização do direito.

Os juízes e tribunais são pressionados, pelo próprio CNJ<sup>96</sup>, a produzir sempre mais. No entender de Leonard Ziesemer Schmitz, está impregnada na consciência jurídica brasileira uma preocupação com a quantidade das decisões, e não com a qualidade das mesmas. O resultado da edição de tais metas seria um atropelamento do devido processo legal em prol do cumprimento de uma diretriz do CNJ, o que se mostra um atentado direto à Constituição e seus princípios norteadores<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Ainda Sobre o Efeito Vinculante**. Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas. n. 16. p. 12. jul-set. 1996

<sup>94</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 683.

<sup>95</sup> “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:  
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;  
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

<sup>96</sup> METAS NACIONAIS PARA 2016: Aprovadas no 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f2ed11abc4b5ddea9f673dec7fe39335.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

<sup>97</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 30.

Tornou-se prática corriqueira dos órgãos julgadores, então, a chamada “estandardização do direito”: visando a aceleração dos julgamentos. Passou-se a reproduzir decisões mecanicamente. A prática gera inegável risco à credibilidade do judiciário, pois a adoção de decisões padronizadas, que se prestariam a justificar vários casos, não lograria êxito na pretensão de julgar devidamente o caso concreto.

Sendo reconhecida a matéria de direito dos processos como comum, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no art. 976 do NCPC é a ferramenta mais adequada para se proporcionar segurança jurídica e previsibilidade, não cabendo aos órgãos, isoladamente, tentarem resolver o problema da celeridade da tramitação dos processos com “padrões de decisão”. O problema da celeridade da tramitação é atual e preocupante, mas não se deve privilegiar “rapidez” em detrimento da segurança jurídica e da previsibilidade.

Portanto, estandardização e solipsismo são práticas que devem ser eliminadas da consciência jurídica comum.

### **2.3.3 – A discricionariedade**

Sem sombra de dúvidas, se trata de um problema de difícil solução no direito brasileiro. Ainda envolto na atmosfera divina de “detentor dos sentidos” e “promotor da justiça”, o magistrado brasileiro frequentemente adota posturas autoritárias nos processos em que atua, justificando toda e qualquer decisão como ato de vontade, onde preferências subjetivas influenciam a fundamentação da decisão judicial.<sup>98</sup>

O principal problema da interpretação do direito é a inexistência de hierarquia entre métodos. Por muitas vezes, o julgador mascara sua atividade discricionária com a adoção do método interpretativo que melhor satisfizer seus interesses. Nesse sentido, Leonard Ziesemer Schmitz é enfático ao afirmar que o intérprete não tem condições de pensar através de métodos, sendo a interpretação, vista nesses moldes, um ato de aderência ao método que mais agrada ao magistrado.<sup>99</sup>

#### **2.3.3.1 – O método gramatical**

Pelo método gramatical, o intérprete recorre unicamente a regras linguísticas para interpretar um enunciado normativo.

---

<sup>98</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 32.

<sup>99</sup> *Id. Ibid*, p. 50.

O grande problema de se adotar a interpretação gramatical como base para a elaboração do pronunciamento judicial é acreditar que as palavras consigam aprisionar, dentro de si, a essência das coisas. Até mesmo o positivista Hans Kelsen reconhecia que existiria uma vagueza inescapável no enunciado das regras.<sup>100</sup>

Trata-se, portanto, de um estágio de interpretação. A fundamentação das decisões judiciais com a adoção, unicamente, do método gramatical, se mostra falha e incompleta, sendo assim passível de anulação.

### 2.3.3.2 – O método exegetico e a vontade do legislador

Fruto da visão pós-revolucionária francesa, o método exegetico buscava demonstrar uma onipotência do Poder Legislativo frente aos demais, sendo este considerado o tradutor cristalino da vontade democrática. Esse método de reconstrução da “vontade do legislador” no momento da elaboração de um determinado texto normativo entende a lei como editada de forma perfeita, pronta para aplicação futura, sem margem de interpretação.

Assim como na aplicação de conceitos matemáticos e lógicos, aos julgadores caberia apenas adequar o contexto fático apresentado às normas já estabelecidas pelo poder legiferante, não podendo esboçar qualquer parecer sobre o conteúdo das normas. O sentido destas últimas estaria definido e a legislação era entendida como completa, livre de lacunas.

Entende Schmitz que, se é um trabalho fictício o julgador reconhecer a “vontade” do legislador, fundamentar uma decisão com base nessa construção será, inevitavelmente, um ato de discricionariedade.

(...) a tentativa de qualquer jurista de identificar, ele mesmo, a valoração buscada pela figura hipotética do legislador, conduz sempre a resultados subjetivos. e mais: pode ter o condão de impedir que um texto normativo seja utilizado para resolver situações novas, modernas<sup>101</sup>.

A reconstrução da vontade do legislador é uma ferramenta de interpretação ultrapassada, com bases fixas no positivismo jurídico clássico. Como exaustivamente debatido no presente trabalho, o julgador é convocado, no Estado Social de Direito, a ser promotor dos direitos e garantias expressos na Constituição. Não há mais espaço para esse tipo de interpretação no direito moderno.

---

<sup>100</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 92.

<sup>101</sup> *Id. Ibid*, p. 98.

O atual Estado de Direito, consagrado pela Constituição Federal de 1988, aboliu qualquer forma de decisão judicial elaborada nesses moldes. Como visto, o art. 93, IX, da CF, informa a obrigatoriedade da exposição de motivos, pelo julgador, sendo inadmissível a decisão judicial baseada unicamente no texto normativo e numa fictícia “vontade do legislador”.

### 2.3.3.3 – O método teleológico e os riscos do ativismo judicial

De acordo com este método interpretativo, a lei desvincula-se de quem a criou, perdendo qualquer sentido original possa ter sido atribuído à mesma.

Com vistas a adequar o texto normativo às necessidades sociais, o poder judiciário estaria autorizado a intuir qual seria a “vontade da lei”, abrindo um perigoso espaço para o chamado protagonismo judicial.

Esse protagonismo, também chamado de ativismo judicial, dá-se quando o juiz extrapola os limites do exercício da jurisdição, fazendo valer o resultado que ele, intérprete, prefere, em detrimento dos outros existentes. Trata-se da decisão judicial que, a despeito dos ditames constitucionais, aposta na vontade do magistrado como critério de justiça<sup>102</sup>.

O ativismo judicial, expresso através da interpretação da “vontade da lei” representa um sério atentado às bases do Estado Democrático de Direito. Além da valoração indevida da esfera subjetiva do julgador, o ativismo judicial acaba por propiciar uma quebra do princípio da separação dos poderes, sendo o magistrado um usurpador do poder legislativo, nesta conjuntura:

Qual a legitimidade de um magistrado descartar uma lei fruto de uma valoração de consequência feita por um legislador e aplicar seu próprio juízo de consequência? Ora, um juiz que só avalia a consequência de sua decisão está passando por cima da atividade dos demais poderes<sup>103</sup>.

As partes, no processo, não podem ficar reféns das preferências pessoais de quem decide. O julgador há de ser um defensor do texto constitucional, pois somente nele estão presentes os valores realmente relevantes para o Estado de Direito. Às partes deve ser garantida a segurança jurídica e a previsibilidade, não devendo ser reconhecido o ativismo como uma forma de aceleração do processo democrático. Só haverá democracia se a

---

<sup>102</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 195.

<sup>103</sup> RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. **A legitimidade do poder judiciário no regime democrático**. São Paulo: Laços, 2014, p. 94.

fundamentação das decisões deixar de ser encarada como uma blindagem aparentemente racional.

Um dos mitos existentes na cultura jurídica é encarar a decisão como um “sentir” do julgador. Sidnei Agostinho Beneti, inclusive, informa que a peça processual denominada de sentença recebe essa nomenclatura devido à expressão *sentire*, que no latim significaria a declaração daquilo que se sente. O ato de julgar colocaria em voga, portanto, um suposto “sentimento de justiça”<sup>104</sup>.

Para Enrico Tullio Liebman<sup>105</sup>, entretanto, a palavra “sentença” quer dizer apenas a opinião, o parecer do magistrado. Tanto no latim como no italiano contemporâneo, conforme apontamento de Schmitz<sup>106</sup>, *sentire* significaria também “ouvir”, “escutar”, e não necessariamente “sentir”.

Fernando Vieira Luiz percebe que o julgador preso a essa concepção sentimentalista é uma “ilha”, uma vez que, isolado no universo, buscaria em seu interior a solução às lides, “descompromissados, desta forma, com tudo o que lhes precedeu ou com aquilo que os circunda”<sup>107</sup>.

Conclui-se que toda e qualquer decisão judicial, tratada como questão de sentimento pessoal, significa reconhecer que o julgador, com suas preferências e características pessoais, seria mais justo na aplicação do direito do que se levasse com conta os ditames democráticos e os precedentes judiciais. Essa forma de abordagem do direito abre uma porta para que seja defendido o desrespeito ao direito positivado.

Em seu trabalho, o magistrado deve desenvolver um diálogo entre as partes e observar todo o complexo legal e valorativo que o cerca. Essas são as bases para a fundamentação adequada da decisão judicial, coerente com os mandamentos constitucionais e com a produção legislativa em geral

## 2.4 – A necessidade de uma fundamentação adequada

A finalidade da interpretação, portanto, será encontrar uma resposta ao caso concreto adequada à Constituição. A hermenêutica jurídica, há muito, ultrapassou os limites dos métodos. O direito é uma ciência social e, diferentemente da matemática e de outras ciências

---

<sup>104</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. **Personalidade e Opções Psicológicas de Julgamento**. In: PELUSO, Antônio César; NAZARETH, Eliana Riberti (orgs.). **Psicanálise, direito, sociedade: encontros possíveis**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 243.

<sup>105</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 217.

<sup>106</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 106.

<sup>107</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 73.

que inspiraram o positivismo, *lato sensu*, jamais conseguirá ser interpretado com métodos rígidos. O único parâmetro a ser observado, ao fundamentar a decisão judicial, é a obediência aos preceitos constitucionais, sendo sempre correta a resposta que consiga fazer a relação entre o raciocínio jurídico e o conteúdo da Constituição:

Quando colocamos para o julgador a necessidade de alcançar a resposta correta, em verdade, impomos a ele a obrigação de evidenciar porque a solução alcançada por ele é a que melhor se adequa ao direito, mais precisamente, é aquela que está em consonância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e, enfim, com a doutrina. [...] A resposta correta exige do julgador a demonstração, mediante fundamentação da sentença, de porque aquela decisão é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que por ventura existam em outros tribunais<sup>108</sup>.

Precisa-se admitir, na comunidade jurídica brasileira, que deve haver como se aferir se uma resposta é mais adequada que outras. De certo, não significa que o juiz saberá sempre como encontrá-la, sendo um sujeito passível de cometer erros, mas sim que deve sempre buscar encontrar a melhor resposta possível. De outro lado, não enxergar dessa forma nos levaria a um sistema onde a decisão é fruto de uma escolha, e aí recairíamos sempre na discricionariedade.

## 2.5 – A decisão constitucionalmente fundamentada: entendimento jurisprudencial

O dever de motivar a decisão judicial possui base constitucional. Se constatada a deficiência da motivação, deverá ser considerado nulo o ato decisório, retornando os autos para que nova decisão, devidamente motivada, assumam-lhe o lugar.

É o que se observa no caso que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. NÃO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES POSTAS A JULGAMENTO.

1. A decisão judicial que não apresenta a necessária motivação, deixando de explicitar os fatos determinantes da convicção do julgador, afronta ao devido processo legal.

Recurso a que se dá provimento, nos termos do art. 557, § 1.º - A, do CPC, para anular o julgado.

(Apelação Cível Nº 02827181920108190001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Carlos Azeredo de Araújo, Julgado em 04/06/2013).

<sup>108</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. São Paulo: RT, 2014, p. 469

Trata-se de ação proposta por suposto servidor público estadual que alegava irregularidades no processo administrativo que culminou em sua suspensão. Alegou o autor que lhe foi tolhido o direito de defesa, não tendo sido efetivado o contraditório, bem como foram inquiridas testemunhas sem a presença do sindicato e de seu defensor.

Ao contestar o feito, o Estado do Rio de Janeiro alegou que o processo administrativo tramitou regularmente, com os direitos processuais do autor garantidos, não podendo o Judiciário adentrar em questões de mérito do mesmo.

Ocorre que a sentença prolatada em primeiro grau julgou improcedente o pleito autoral, sem analisar o complexo probatório produzido.

Reconheceu o Juízo *ad quem* que o magistrado de primeira instância se omitiu e não analisou a questão de direito levantada nos autos. A questão do cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório não constaram da fundamentação da decisão, sendo a mesma nula, de acordo com o art. 93, IX, da Constituição Federal.

A respeito da omissão, assim se manifestou a Procuradora de Justiça:

(...) que o policial faz jus ao exercício de ampla defesa”, mas o Autor, ora Recorrente, sequer integra os quadros da Polícia Civil ou Militar.(...) *Convém, ainda, ponderarmos que o i. julgador em nenhum momento faz menção específica às provas dos autos, não esclarecendo, por exemplo, em que base se apoia para afirmar que foram garantidos o contraditório e a ampla defesa ao investigado.* (...) Ademais, o Demandante, em sua peça inicial, alega possível cerceamento de defesa, sob o argumento de que as testemunhas arroladas no curso do procedimento foram ouvidas sem a presença de representante do Sindicato da categoria, a qual pertence o Autor e de seu defensor. (...).<sup>109</sup> (Grifo nosso)

A afronta ao texto constitucional e ao art. 458 do Código de Processo Civil de 1973 se mostrou evidente, sendo determinado o retorno dos autos ao juízo de origem para que uma sentença devidamente fundamentada fosse prolatada. Como visto, o juiz singular não analisou as provas constantes nos autos e, dessa forma, não conferiu a devida motivação à decisão judicial.

Como visto, uma fundamentação deficiente macula a decisão judicial. Existe a necessidade de exposição de motivos, mas essa exposição não pode ser feita à par do texto constitucional. Para que uma decisão seja reconhecida como adequadamente fundamentada, é necessário demonstrar a aderência da motivação aos preceitos inscritos na carta maior, sem

---

<sup>109</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº. 02827181920108190001**. Relator Desembargador Carlos Azeredo de Araújo. Oitava Câmara Cível. Rio de Janeiro, 04 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

deixar de lado a observância dos posicionamentos já firmados pelo tribunal a que o órgão jurisdicional está vinculado, bem como a conformidade com as decisões de instâncias superiores.

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FORMOTEROL, BUDESONIDA E TIOTRÓPIO. ARTIGO 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A Constituição Federal, em seu art. 196, assegura que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

2. Responsabilidade solidária entre os entes federados pelo fornecimento de medicamentos e demais ações de saúde. Entendimento predominante junto ao Egrégio 2º Grupo Cível, a que pertence esta Colenda 4ª Câmara Cível.

(...)

AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(Apelação Cível Nº 70052622602, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Desembargador Eduardo Uhlein, Julgado em 20/03/2013)

O motivo principal do recurso interposto pelo município réu consistia na inconformidade com a decisão proferida pelo Juízo *a quo* que confirmou a decisão liminar de condenar o Município de Caxias do Sul e o Estado do Rio Grande do Sul a, solidariamente, fornecerem gratuitamente os medicamentos *Formeterol*, *Budesonide* e *Triotrópio* à autora, portadora de doença pulmonar obstrutiva crônica (CID J44.9), nas formas e dosagens indicadas pelo médico, ou o equivalente em dinheiro, enquanto perdurasse o tratamento. Em sede preliminar, o apelante alegou ilegitimidade passiva e, no mérito, argumentou que a norma constitucional, prevista no art. 196, *caput*, era programática e dependia de regulamentação, com a correta distribuição de responsabilidades pelos entes federados.

Entendeu o Juízo *ad quem* que não assistia razão ao apelante, principalmente porque a decisão proferida pelo órgão de primeiro grau se mostrou atenta aos ditames constitucionais, estando devidamente fundamentada.

Preliminarmente, o acórdão fez questão de demonstrar o acerto da decisão guerreada transcrevendo a passagem que não acolheu a questão da ilegitimidade passiva:

(...) Ora, toda a interpretação de uma norma jurídica consubstanciada em um texto legal (*lato sensu*) deve ser uma interpretação em conformidade

*com a Constituição Federal e jamais o inverso. Isso porque o sistema jurídico brasileiro possui uma Carta Política que serve de parâmetro de validade para todo o ordenamento positivo.*

Adentrando no caso específico desta demanda, as divisões de competência entre os três entes federativos oriundas de leis, portarias ou convênios criam obrigações adstritas às relações entre os próprios entes, não podendo ser invocadas para os cidadãos usuários da rede pública de saúde para o efeito de impedi-lo de escolher a quem direcionar a sua ação judicial.

Nesse norte, a obrigação solidária da União, dos Estados e dos Municípios no tocante às questões atinentes à saúde pública está bem delineada nos artigos 23, inciso II, e 196 da Constituição Federal, bem como vem sendo reafirmada pela Corte Constitucional Brasileira<sup>110</sup>. (Grifo Nosso)

Além disso, o Desembargador Relator fez questão de evidenciar o compromisso do Poder Judiciário com a realização da vontade da Constituição, consubstanciada pelos deveres que são impostos aos órgãos da Administração e a toda a coletividade.

Ao analisar o mérito, o acórdão prestigiou a interpretação totalitária dos princípios constitucionais, reconhecendo que o direito à vida deve prevalecer sobre qualquer outro, no caso em estudo, não podendo o Estado se esquivar da responsabilidade de sua promoção:

*Dessa forma, em se tratando de pessoa enferma e carente de recursos, tem o autor, à luz das normas constitucionais e legais pertinentes, o direito líquido e certo de obter do Poder Público assistência à sua saúde, compreendida nesta o fornecimento de medicamentos necessários ao seu tratamento médico. A negativa de fornecimento caracteriza-se em violação de direito constitucional.* (Grifo Nosso)

O Desembargador Relator ainda invocou precedentes do próprio tribunal - Apelações Cíveis nº 70044018075 e 70044332732; Embargos Infringentes nº 70044332732 e 70044853273. O agravo retido e a apelação foram desprovidos de forma unânime, tendo sido a decisão de primeira instância considerada devidamente fundamentada.

Os valores constitucionais precisam ser constantemente reforçados pelo aplicador do direito. Dentre esses valores, encontram-se os princípios processuais informados no início deste trabalho. O respeito a cada uma daquelas garantias é vital para que o processo seja, efetivamente, um instrumento justo de resolução de conflitos.

Ocorre que, além da consonância da interpretação com os princípios constitucionais, o uso de precedentes judiciais e enunciados de súmulas é prática corriqueira das decisões

---

<sup>110</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº. 70052622602**. Relator Des. Eduardo Uhlein. Quarta Câmara Cível. Rio Grande do Sul, 20 de março de 2013. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

hodiernas. O Novo Código de Processo Civil trouxe, à atividade judicante, a necessária regulação da fundamentação praticada nesses moldes.

A fundamentação das decisões deve ser estudada com a devida cautela no que concerne à invocação de precedentes e súmulas. O atuar do magistrado deve ser comprometido com o dos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário.

A segurança e a previsibilidade serão sempre os princípios que nortearão esse atuar, não se admitindo mais decisões conflitantes e discricionárias, que coloquem em xeque a credibilidade do supracitado poder estatal.

## CAPÍTULO 3: A fundamentação das Decisões Judiciais no Âmbito do Novo Código de Processo Civil

### 3.1 - Os princípios processuais constitucionais

O novo código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), de forma inédita na ordem jurídica brasileira, veio consagrar, em seu texto, a supremacia da Constituição Federal frente à legislação infraconstitucional. Os princípios constitucionais dirigentes do processo e, em especial, a necessidade de motivação das decisões judiciais, por parte dos magistrados, foram contemplados no texto do novel código de processo civil, demonstrando-se que a atual processualística civil pátria possui bases firmes no texto da Carta Magna e, assim, está atenta aos anseios populares.

Já em seu artigo 1º, o NCPC enuncia que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil”. Reconhece-se, assim, a importância das normas constitucionais fundamentais, que irradiam seus valores para todo o ordenamento jurídico, sendo dever do Estado proteger tais direitos.<sup>111</sup>

Dentre a totalidade de direitos fundamentais, possuem importância para o presente estudo os direitos relativos ao processo justo, já analisados. Todos eles possuem correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o processo ser instrumento capaz de promover o bem-estar social. Tal promoção, entretanto, encontra-se ameaçada pelo já citado problema da morosidade da prestação jurisdicional.

Não basta que o acesso ao judiciário, o devido processo legal com seus subprincípios e a motivação das decisões judiciais sejam reconhecidos como garantias de um processo justo. Necessário também se faz que a prestação jurisdicional não tarde a ser oferecida aos jurisdicionados. A tutela jurisdicional intempestiva representa um “desserviço estatal”<sup>112</sup>, abalando as bases do Estado Democrático de Direito e provocando uma perda irreparável na credibilidade do Poder Judiciário frente a população.

Embora os mais pessimistas afirmem que se trata de um problema brasileiro, importantes expoentes da doutrina nacional, como José Carlos Barbosa Moreira, afirmam que o combate à morosidade da prestação jurisdicional é um desafio da moderna processualística

---

<sup>111</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 03.

<sup>112</sup> *Id. Ibid*, p. 05.

em escala global<sup>113</sup>. Diversas são as causas para a lentidão da resolução das demandas, dentre elas o comportamento das partes, a complexidade do litígio etc.

A celeridade processual a todo custo não é o objetivo maior do Novo Código de Processo Civil. O tempo processual razoável será aquele necessário para a solução integral do mérito, sendo observados os princípios do processo justo.

Assim, deve-se trazer à memória o magistério de Dworkin, reafirmando que, entre os princípios processuais constitucionais, deve haver cooperação. Não há hierarquia principiológica, devendo a celeridade ser conjugada com o devido processo legal e demais princípios consectários deste. A Dignidade da Pessoa Humana, enquanto princípio inscrito na Declaração Universal de Direitos do Homem, será efetivamente realizada pela observância dos princípios do processo justo em coordenação, sendo assim oferecida, à população, uma prestação jurisdicional adequada, promotora de avanços sociais.

O já mencionado artigo primeiro e os artigos que serão analisados a seguir compõem a parte geral do Código, estabelecendo as bases da aplicação das normas processuais.

### 3.1.1 - Os princípios da ação e do impulso oficial

Inicialmente, cumpre destacar que ambos os princípios encontravam-se em dispositivos separados no Código de Processo Civil de 1973, estando o princípio da ação no art. 2º, 128 e 262 e o princípio do impulso oficial unicamente no art. 262.<sup>114</sup>

O artigo 2º do NCPC informa que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas na lei”.

Para que haja a atuação do Poder Judiciário, indispensável será a sua provocação, pelas partes. O juiz aguardará que a parte lhe traga a lide<sup>115</sup> e, cumprido esse requisito, passará o processo a se desenvolver por impulso oficial.

O titular da insatisfação é que deflagra a provocação da jurisdição, ele vem a juízo postular um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão. Esse provimento jurisdicional corresponde a uma resposta positiva ou negativa à postulação do autor, não podendo, o juiz ao decidir, ir

<sup>113</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 07.

<sup>114</sup> “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

<sup>115</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 95.

além ou aquém do pedido, nem sendo possível a concessão de bem de natureza diversa da pretendida<sup>116</sup>.

Importante também destacar que o julgador deve se ater aos pedidos formulados pelas partes, jamais decidindo aquém ou além deles. Igualmente o magistrado não poderá agir de ofício, podendo, entretanto, a lei elencar exceções.

Regra geral, ao juiz cabe a função pacificadora da sociedade. Agindo de ofício, acabaria por insuflar conflitos e desavenças. Dessa forma, é preferível que a provocação do judiciário fique à livre escolha do interessado, tendo em vista que, *a priori*, os direitos subjetivos são disponíveis e pode ou não, o interessado, provocar a atuação jurisdicional através da ação.

### 3.1.2 - O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição:

Não obstante sua base constitucional<sup>117</sup>, o princípio da inafastabilidade da Jurisdição foi inserido no NCPC nos seguintes termos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Da análise do *caput* do art. 3º do NCPC, pode-se concluir que não são admitidas restrições ao acesso à ordem jurídica, não podendo o legislador, futuramente, limitar essa garantia constitucional, tudo em consonância com o caráter de “cláusula pétrea” que acompanha o dispositivo constitucional que inspirou o artigo estudado:

Não se trata, portanto, de mera garantia de acesso ao juízo (direito à ação), mas da própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão. Em outras palavras, significa o próprio acesso à justiça. Frise-se, no entanto, que este direito à prestação jurisdicional não é incondicional e genérico, sujeitando-se a condições da

<sup>116</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 22.

<sup>117</sup> Art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

legislação processual e do direito substantivo (legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido).<sup>118</sup>

Deve-se destacar que a proteção judicial não se justifica, apenas, pela efetiva lesão ao direito, mas também quanto a lesão potencial, ameaça. Portanto, todas as medidas cautelares ou antecipatórias são justificáveis, a fim de se garantir a preservação da integridade do direito ameaçado.<sup>119</sup>

O §1º do art. 3º do NCPC prestigia a utilização da arbitragem como meio favorável à resolução consensual de conflitos. Nos termos da Lei nº 9.307/96, alterada pela lei nº 13.129/15, e conforme o magistério de Antônio Pereira Gaio Júnior, deve-se destacar que a arbitragem é “instrumento propício à solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis, que, por meio de árbitro privado, escolhido pelas partes e destas recebendo poderes, decide a controvérsia”<sup>120</sup>. A decisão do juízo arbitral possui características semelhantes às decisões emanadas do Poder Judiciário, sendo assim notável a sua contribuição para a pacificação social.

Os parágrafos 2º e 3º do referido artigo, observados em conjunto, evidenciam que é obrigação do Estado e dos operadores do Direito estimularem a solução consensual dos conflitos, seja por meio da arbitragem, da conciliação, mediação e outros métodos, podendo as mesmas ocorrerem no decorrer do processo, tudo com vistas a promover a solução do conflito e promoção do bem-estar social.

### 3.1.3 - A Duração Razoável do Processo

A inovação trazida pelo art. 4º do NCPC<sup>121</sup> diz respeito à observância da “atividade satisfativa”. Não basta que a prestação judicial seja oferecida em tempo razoável, tal como discutido no início do capítulo. A efetividade do direito deve ser prestigiada, não se limitando o Estado a, simplesmente, declará-lo<sup>122</sup>. Deve-se buscar a concretude judicial, de modo que o processo transcorra num tempo razoável, sempre atento às peculiaridades do caso concreto, devendo ser atendida a efetividade social do direito. A satisfação do direito, tal como a

---

<sup>118</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 438-439.

<sup>120</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da Arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012, p. 3.

<sup>121</sup> Art. 4º do NCPC: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”

<sup>122</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 24

prestação judicial, não deve demorar a acontecer, sob o risco de descrédito de todo o Poder Judiciário por parte dos jurisdicionados.

### 3.1.4 - O Princípio da Boa-fé Objetiva

Com a redação do art. 5º do NCPC<sup>123</sup>, observou-se um importante incremento de valores éticos à processualística civil pátria. De fato, com o NCPC, as condutas dos participantes do processo serão pautadas pelos elementos de cooperação, lealdade, confiança e probidade.

Vale ressaltar que, de acordo com o Código Civil de 2002, os artigos 113, 187 e 422 compõem a chamada “trilogia da boa-fé objetiva”<sup>124</sup>. Conforme as diretrizes traçadas pelos referidos artigos, todos os negócios jurídicos serão interpretados de acordo com o princípio da boa-fé e usos do local da celebração do negócio.

O NCPC propõe um interessante desafio: a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, demonstrando-se que institutos deste último, como o princípio da boa-fé objetiva, são plenamente aplicáveis ao Direito Processual Civil, ramo do Direito Público. Entende-se que o Direito é uno e indivisível, sendo que toda e qualquer divisão possui um caráter meramente didático<sup>125</sup>. Considerando essa uniformidade e a coerência do ordenamento jurídico, conceitos estabelecidos originalmente para a esfera privada podem ser aplicados à esfera pública, sendo este o caso do princípio da boa-fé objetiva.

As partes, portanto, devem pautar suas ações nos deveres de lealdade e cooperação, pois o que se almeja é a resolução da lide. Ética e Direito não devem ser vistos como ramos separados.

### 3.1.5 - O Princípio da Cooperação

Fortemente relacionado com o artigo anterior, o artigo 6º do NCPC<sup>126</sup> ressalta a importância da cooperação entre as partes para que a lide tenha um resultado justo, num espaço de tempo razoável.

---

<sup>123</sup> Art. 5º do NCPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

<sup>124</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 24

<sup>125</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 137.

<sup>126</sup> Art. 6º do NCPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A inobservância dos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação constituem um dos fatores da morosidade processual, uma vez que, dolosamente, as partes se esquivam de cumprir com seus deveres processuais.

Vale ressaltar que a cooperação não retira o caráter competitivo da lide. Embora devam cooperar para que o conflito seja resolvido no menor tempo possível, as partes devem ter iguais oportunidades para buscar convencer o magistrado, apresentando provas que reforcem suas pretensões.

Portanto, mais uma vez recordam-se os ensinamentos de Dworkin, afirmando que os princípios atuam em conjunto na esfera processual. Cooperar não significa abdicar da competitividade. É por meio da igualdade entre as partes, do contraditório e da ampla defesa, bem como pela análise do complexo probatório que o julgador motivará sua decisão.

### **3.1.6 – O Princípio da Paridade de Tratamento entre as Partes**

O art. 7º do NCPC abarca os princípios da igualdade e do contraditório, devendo-se reafirmar que os mesmos são de importância ímpar para o acerto da motivação da decisão judicial:

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Como é obrigação do magistrado fundamentar devidamente suas decisões, sob pena de nulidade, a promoção da igualdade de tratamento entre as partes e o zelo pelo contraditório e ampla defesa devem ser enxergados como princípios-meio para a plena realização do princípio da motivação das decisões judiciais. Não poderá o julgador considerar os argumentos e provas de uma das partes, sem demonstrar a inadequação do complexo probatório e argumentativo apresentado pela ex-adversa. Também devem ser garantidas, às partes, iguais condições de produção probatória e a oportunidade do debate argumentativo.

Somente com a igualdade de tratamento às partes será possível solucionar a lide de forma adequada.

### 3.1.7 - A Promoção da Dignidade da Pessoa Humana

O art. 8º do NCPC<sup>127</sup> representa uma obrigação imposta à atuação do magistrado, reforçando a tese, defendida neste trabalho, de que a motivação adequada das decisões judiciais se pautará nos valores consagrados pelo texto constitucional.

Com efeito, ao resguardar e promover o princípio da dignidade da pessoa humana, o magistrado deve observar todos os princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, não se esquivando de cumprir os deveres de proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, próprios da Administração Pública, conforme redação do art. 37 da CF.

Ora, o magistrado nada mais é do que o administrador da justiça e, tal como o administrador público comum, deve nortear seu trabalho objetivando o pleno cumprimento dos princípios que regem a Administração Pública, uma vez que a justiça é um serviço público.

Importante assinalar a obrigação, imposta pelo legislador, de observância da lei pelo magistrado. Não pode o julgador usurpar a função legislativa do órgão competente. Fruto da tradição da *civil law*, a observância dos textos legais é vista como garantia de segurança dos pronunciamentos judiciais, sendo necessário o julgador interpretar todo e qualquer texto normativos com os olhos fixos na Constituição. O atuar do magistrado será sempre vinculado, uma vez que é no texto constitucional que se encontram, além do princípio da dignidade a pessoa humana, todos os demais princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

### 3.1.8 – A Proibição da Decisão Surpresa

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de

---

<sup>127</sup> Art. 8º do NCPC: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A transparência e a boa-fé devem nortear o processo. Dessa forma, não são admitidas decisões judiciais que não tenham prestigiado, previamente, o contraditório e a ampla defesa.

O art. 9º traz hipóteses em que a decisão judicial pode ser proferida sem a necessária ciência / manifestação da parte contrária. Entretanto, a regra é a de que o contraditório deve ser amplo e a decisão judicial pautada nas manifestações das partes acerca dos fatos trazidos ao processo.

O art. 10 reforça a necessidade de obediência ao princípio do contraditório, estendendo essa obrigação a todas as instâncias de julgamento. Assim, uma das partes não pode ser surpreendida por uma decisão judicial baseada em fatos desconhecidos pela mesma.

Mesmo em matérias em que o magistrado ou tribunal possam se manifestar de ofício, deve ser aberta, à parte contrária, oportunidade para se manifestar. Desta forma, o contraditório será efetivo e a decisão judicial devidamente fundamentada, conforme impositivo constitucional constante no art. 93, IX da Carta Maior.

### **3.1.9 – O Princípio da Publicidade e a Problemática da Ordem Cronológica das Conclusões**

Tendo sido o Princípio da Publicidade anteriormente estudado, estando a regra insculpida no art. 11 do NCPC<sup>128</sup>, acorde com o ditame previsto no art. 93, X, da CF, prevendo ambos, igualmente, a necessidade de fundamentação dos julgamentos, que será minudenciada a seguir, passa-se à análise do art. 12 do novel Código de Processo Civil.

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, *preferencialmente*, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§1º. A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§2º. Estão excluídos da regra do caput:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

---

<sup>128</sup> Art. 11 do NCPC: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§3º. Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§4º. Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§5º. Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§6º. Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no §3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II. (Grifo nosso)

Tecendo-se breves comentários acerca do dispositivo legal, observa-se que o termo “preferencialmente” não constava da redação inicial do artigo, que era “os juízes e os tribunais *deverão* obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão” (grifo nosso). Houve uma grande reação, por parte dos magistrados, a fim de combater o suposto “engessamento” que a obrigação imposta pelo artigo imprimiria. Cedendo às pressões, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, o Senado aprovou o PLC 168/15.

Além das demais exceções previstas no §2º do art. 12, merece destaque a constante no inciso IX, justamente por demonstrar que a força *caput* do artigo não foi esvaziada com o emprego do termo “preferencialmente”.

A lista, elaborada pela secretaria do juízo, de feitos conclusos ao magistrado, aptos a julgamento, estará disponível para consulta pública, através da internet (art. 12, §1º). O magistrado, para desobedecer a ordem cronológica de julgamentos, não estando a situação

enquadrada nos incisos I ao VIII do art. 12, §2º, deverá fundamentar adequadamente sua decisão, demonstrando que existe urgência no julgamento da referida causa<sup>129</sup>.

Logo, a ordem cronológica continua sendo de observância obrigatória para os órgãos do Poder Judiciário, devendo sua desobediência ter respaldo legal – vide igualmente as hipóteses previstas no art. 1.048 do NCPC<sup>130</sup> - e a decisão proferida pelo juízo fundamentos plausíveis, comprovando a necessidade da medida.

Analisados os princípios processuais constitucionais, passa-se ao estudo da fundamentação das decisões judiciais, imperativo constitucional previsto no art. 93, IX da CF, minudenciado e aprimorado pelo texto infraconstitucional.

### 3.2 – A Fundamentação das Decisões Judiciais

#### 3.2.1 – Os Pronunciamentos Judiciais

Conforme a inteligência do art. 203 do NCPC, “os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”.

Somente sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias são passíveis de recurso, uma vez que despachos de mero expediente não possuem o condão de causar prejuízo às partes<sup>131</sup>. Entretanto, Vicente Greco Filho<sup>132</sup> alerta para a existência de despachos, inicialmente reconhecidos como de mero expediente, mas que são verdadeiras decisões interlocutórias. Tendo sido ocasionado dano à parte, legítimo o reconhecimento do despacho como decisão interlocutória e cabível a propositura de agravo de instrumento.

Os despachos de mero expediente, portanto, não possuem conteúdo decisório, ao passo que a decisão interlocutória, previstas no art. 203, §2º do NCPC, é toda espécie de pronunciamento judicial que não possui a função de resolver a fase cognitiva do processo comum, nem extinguir a execução. É o pronunciamento do magistrado, no decorrer do

<sup>129</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 38-39.

<sup>130</sup> Art. 1.048 do NCPC: “Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

II - regulados pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).”

<sup>131</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 200.

<sup>132</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual Civil Brasileiro**. Vol. II. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 339.

processo, com vistas a resolver, primordialmente, questões incidentais. Tal decisão é desafiada com a propositura do recurso de agravo de instrumento.

As sentenças, enunciadas no art. 203, §1 do NCPC, são a espécie de pronunciamento judicial que tem, por objetivo, colocar fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como visam a extinção da execução, tomando sempre por base os arts. 485 e 487 do NCPC.

Tendo em vista a importância desta última espécie de pronunciamento, serão ressaltadas as características e elementos da mesma. Certamente, a questão da motivação das decisões judiciais abarcará todos os pronunciamentos que possuem conteúdo decisório.

A necessidade de fundamentação, inclusive para decisões interlocutórias, se traduz num exemplo interessante introduzido pelo NCPC: a inversão dinâmica do ônus da prova.

Com o advento no Novo Código de Processo Civil, abriu-se a possibilidade do magistrado distribuir o ônus da prova, atento a hipossuficiência de uma das partes, nos mesmos moldes adotados pelo Código de Defesa do Consumidor. Tal decisão, embora interlocutória, deverá ser devidamente fundamentada, concedendo à parte hipossuficiente a oportunidade de se desincumbir da obrigação anteriormente imposta<sup>133</sup>.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, *desde que o faça por decisão fundamentada*, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§2º. A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Grifo Nosso)

Feito o necessário apontamento, passa-se à análise pormenorizada das sentenças judiciais como expressão do trabalho final desenvolvido pelo magistrado. Esse trabalho será sempre desempenhado de forma responsável, atenta às exigências do Estado Democrático de Direito, nunca usurpando as funções dos demais poderes e, sobretudo, ressaltando a supremacia popular e a obediência ao ordenamento jurídico e à Carta Magna.

---

<sup>133</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, no prelo.

### 3.2.2 – A Sentença Judicial

#### 3.2.2.1 – As sentenças terminativas e definitivas

De acordo com os artigos 485 e 487 do NCPC, as sentenças poderão ser denominadas de “Terminativas” e “Definitivas”.

A primeira espécie, com fulcro no art. 485 do NCPC, diz respeito às sentenças judiciais que não resolvem o mérito do caso concreto.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

A sentença terminativa pode ser proferida a qualquer momento no processo, sendo observada a ausência de pressupostos processuais, bem como a falta de condições da ação ou, até mesmo, atitudes das partes, demonstrando desinteresse pela resolução da lide. Existem impeditivos para a nova propositura da demanda, descritos nos incisos I, IV, V, VI e VII do supracitado artigo. Em especial, quanto à questão da litispendência e dos arts. I, IV, VI e VII, a propositura de nova ação está condicionada à correção do vício que ocasionou o primeiro julgamento sem mérito<sup>134</sup>.

As sentenças definitivas, por seu turno, enfrentam o mérito da causa, no todo ou em parte, sendo o vocábulo “definitiva” não necessariamente sinônimo de “imutável”. De certo, a sentença só será definitiva e imutável quando transitar em julgado e passado o prazo para a

---

<sup>134</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 360-361.

propositura de ação rescisória, nos moldes do art. 975 do NCPC. Deste momento em diante, nova discussão sobre o mérito decidido não será possível, uma vez que se formou coisa julgada material<sup>135</sup>.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do §1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

O parágrafo único do art. 487 do NCPC contempla, igualmente, a questão da vedação à decisão surpresa, enunciada nos arts. 9º e 10. Deve sempre ser aberta a oportunidade às partes para se manifestarem sobre eventos ocorridos e verificados no processo, devendo a fundamentação da decisão judicial analisar todos os argumentos apresentados. No caso do artigo 487, parágrafo único, observada a exceção do art. 332, §1º, a parte será chamada se manifestar a respeito da prescrição ou decadência, devendo, após a manifestação, o magistrado julgar o feito.

### 3.2.2.2 – Os Elementos da Sentença

O NCPC corrigiu o erro terminológico constante no Código Civil de 1973, denominando “elementos” o que antes era chamado de “requisitos”<sup>136</sup>.

Conforme redação dos incisos do art. 489 do NCPC<sup>137</sup>, são elementos da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

<sup>135</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, no prelo.

<sup>136</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 277.

<sup>137</sup> Art. 489 do NCPC: “São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.”

A ausência de qualquer dos elementos aqui enumerados implica vício da sentença. A falta de relatório ou de motivação importa nulidade absoluta da sentença, como entende a unidade da doutrina. Já a falta de dispositivo implica inexistência jurídica de sentença. Isto porque a ausência de dispositivo torna o ato irreconhecível como sentença, visto que o mesmo não contém decisão (o que, como parece óbvio, é elemento constitutivo mínimo da sentença).<sup>138</sup>

Existe, porém, a hipótese legal de dispensa do relatório no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, conforme inteligência do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Ainda no tocante a este primeiro elemento, se resume na exposição clara de toda a marcha procedimental. É o histórico de todas as ocorrências processuais, além da indicação das partes, causa de pedir e pedido. Através do relatório, o magistrado demonstra que esteve atento às ocorrências processuais e compreendeu a casuística que se encontra sob sua responsabilidade.<sup>139</sup>

O dispositivo, último elemento, é visto por Alexandre Freitas Câmara com a conclusão do magistrado, encontrando-se neste o comando da sentença. Através do dispositivo, ocorre a manifestação do poder de império estatal.<sup>140</sup>

A fundamentação da sentença, como visto anteriormente, é um imperativo que possui base constitucional e, com o advento do NCPC, tornou-se um elemento minuciosamente detalhado, como se verá a seguir.

### 3.2.2.3 – A fundamentação das decisões judiciais no âmbito do NCPC

A redação do art. 489 e seus parágrafos suscitou grande alvoroço no meio jurídico. De certo, houve uma quebra de paradigmas, pois a jurisprudência, até então, se recusava a enfrentar detalhadamente os argumentos jurídicos apresentados pelas partes. Sendo ameaçada de nulidade a sentença que não enfrentasse os argumentos e provas constantes nos autos, obrigou-se juízes e tribunais ao cumprimento da tarefa de elaborar decisões completas, realizadoras do princípio do contraditório, e analíticas.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 416.

<sup>139</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, no prelo.

<sup>140</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 416.

<sup>141</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Os Princípios da Fundamentação e do Contraditório no Novo CPC** In: DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi (Organizadores). **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Volume 1: Parte Geral**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 465.

A questão da fundamentação das decisões judiciais possui intrínseca relação com os já estudados arts. 7º ao 10. A observância do contraditório, da paridade entre as partes e demais princípios constitucionais é extremamente relevante para a adequação da fundamentação judicial.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

(...)

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A imprescindibilidade da motivação / fundamentação das decisões judiciais era afirmada pela ordem jurídica pátria desde antes do advento da lei 13.105/15. A decisão judicial fundamentada e adequada é “obrigação deontológica daquele que, em nome do Estado, presta a atividade judicante na solução dos litígios, e, por isso, nos destinos da sociedade”.<sup>142</sup>

Para que a decisão judicial, entendida na forma de acórdão, sentença ou decisão interlocutória, seja reconhecida como devidamente fundamentada, livrando-se assim do risco de nulificação, deve, obrigatoriamente, explicar a relação do caso concreto com o ato normativo utilizado para a solução da lide, não podendo o julgador se limitar a parafrasear ou reproduzir o enunciado da regra em questão. O motivo da escolha deve ser explicitado.

<sup>142</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, no prelo.

A aplicação silogística do direito é incompatível com o Estado Social de Direito. O magistrado, portanto, deve interpretar o texto normativo, demonstrando que a escolha feita obedeceu à totalidade dos princípios constitucionais. A atividade interpretativa, portanto, é um prestar de contas do Estado-Juiz aos jurisdicionados, sempre vinculada à vontade popular.

O inciso II do §1º do art. 489 do NCPC diz respeito à aplicação de princípios pelo julgador. Conceitos jurídicos indeterminados e o pan-principiologismo são práticas inaceitáveis, uma vez que abrem espaço para a discricionariedade do juiz<sup>143</sup>. Todos os princípios utilizados na fundamentação da decisão judicial devem ser minuciosamente detalhados, demonstrando o magistrado o acerto na sua aplicação.

O inciso III do referido §1º, por sua vez, veda a mecanização da atividade jurisdicional. Decisões-modelo desrespeitam as peculiaridades do caso concreto. Tal como exposto pela Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, a norma jurídica só nascerá da análise do caso concreto. Motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão afrontam essa teoria da decisão judicial, não sendo compatíveis com o atual estado da processualística civil moderna.

Evita-se assim a denominada decisão “padrão”, como por exemplo, ao deferir uma liminar onde simples e lacunosamente o julgador se presta apenas a dizer em sua decisão “estão presentes os pressupostos legais”, como se faz o padrão em qualquer outra decisão judicial.<sup>144</sup>

O inciso IV informa que o magistrado deve ser minucioso em seu atuar, enfrentando todas as questões apresentadas nos autos, num inegável prestígio à efetividade do contraditório. Durante a lide, as partes têm o direito de conhecer os motivos do acolhimento ou desacolhimento de suas alegações pelo magistrado, sendo esta a obrigação de uma prestação jurisdicional qualitativa, eis que é verdadeiro serviço público prestado à população, entendida com consumidora e financiadora da máquina estatal.

A novel questão dos precedentes é abordada no inciso V. De fato, a ordem jurídica brasileira está sendo apresentada a uma realidade jurídica nunca antes explorada<sup>145</sup>.

A invocação de precedentes é própria do *common law*. A fim de aplicá-los com acerto, o magistrado deve demonstrar a semelhança do caso em estudo com o respectivo

---

<sup>143</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, no prelo.

<sup>144</sup> *Idem*.

<sup>145</sup> Para mais acerca do assunto: STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 253-288.

precedente. Trata-se da identificação da *ratio decidendi*, entendida como a “tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”<sup>146</sup>.

O magistrado, portanto, ao adotar o precedente ou a súmula, demonstrará que a *ratio decidendi* do precedente ou dos muitos precedentes que inspiraram a elaboração da súmula é semelhante à problemática do caso em estudo, não bastando a simples análise do texto:

(...) entre nós, toma-se a súmula como se fosse uma norma, isto é, geral e abstrata. Ora, leis, uma vez aprovadas, se desvinculam dos contextos que lhes deram origem – desde Kelsen sabemos que não há “*mens legislatoris*” ou “*mens legis*”. Súmulas, ao contrário, são o produto de casos, de decisão de casos, após um profundo debate e ponderação, de forma que estão umbilicalmente ligadas aos casos que lhes deram origem. Pretender aplicar uma súmula, mesmo que vinculante, sem se proceder a uma comparação entre o caso *sub judice* e os que deram origem à súmula, não faz sentido.<sup>147</sup>

O inciso VI, por sua vez, diz respeito aos precedentes, jurisprudência e enunciados de súmulas trazidos pelas partes, com vistas a convencer o julgador. Neste caso, surgem as figuras do *distinguishing* e do *overruling*.

Quanto à primeira técnica, utiliza-se o julgador do método do confronto: identificada a *ratio decidendi* do precedente invocado, bem como sua delimitação, analisará o magistrado o caso concreto e sua similaridade com o precedente invocado. Existindo distinção material entre o precedente e o caso em estudo, se justificará a não aplicação do precedente pelo magistrado.

O *overruling*, por sua vez, é a técnica de revogação do precedente, quando este não mais condiz com a realidade jurídica do país. Tal atividade é extremamente relevante quando observada a atividade dos tribunais superiores (STF e STJ): afinal, as decisões emanadas de tais órgãos possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais inferiores e também para os da Administração Pública, vide a obediência às súmulas vinculantes<sup>148</sup>.

Conforme redação do artigo 926 do NCPC, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, sempre observando as circunstâncias fáticas no ato de elaboração de súmulas (§1º). Trata-se da “horizontalização” das decisões

<sup>146</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, no prelo.

<sup>147</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Os Princípios da Fundamentação e do Contraditório no Novo CPC** In: DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Organizadores). **Novo CPC Doutrina Seleccionada**: Volume 1: Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 468.

<sup>148</sup> SILVA, Celso Albuquerque. **Princípios Constitucionais e Efeito Vinculante**. In: PEIXINHO. Manoel Messias; GUERRA. Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO. Firly (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 591-597.

judiciais, o que garante estabilidade, integridade e coerência às decisões proferidas por estes órgãos.

A estabilidade possui, verdadeiramente, uma relação direta com os julgados anteriores, na medida da “não surpresa” a qualquer custo e em tempos onde a própria imprevisibilidade dos julgados, ainda que sob o manto de uma mesma matéria de direito, nos sai muito cara<sup>149</sup>.

Coerência, conforme magistério de Lênio Luiz Streck, significa que, em atenção ao princípio da isonomia, casos semelhantes devam ser julgados de forma semelhante. Deve-se dar a garantia, aos jurisdicionados, de que, em todo o território nacional, os magistrados julgaram causas semelhantes da mesma forma<sup>150</sup>.

Por fim, a integridade exige que os magistrados construam seus argumentos de forma uníssona com o conjunto do direito, vedadas as arbitrariedades interpretativas. Trata-se de virtude política indispensável a quem se dispõe a exercer a nobre função de representar o Estado em sua atividade jurisdicional.

Ainda de acordo com o art. 926 do NCPC, é inadmissível que turmas de um mesmo tribunal destoem quanto a posicionamentos jurídicos. Portanto, antes de se pensar na “verticalização”, a “horizontalização”, com vistas à pacificação de entendimentos e promoção da segurança jurídica se faz necessária.

Portanto, reconhecida a superação do precedente através do *overruling*, podem os órgãos jurisdicionais deixar de aplicá-los, uma vez que os mesmos não estão mais em consonância com a realidade jurídica nacional.

Invocando decisões estáveis, pacificadas e não superadas, o magistrado fundamentará devidamente seu pronunciamento, sempre analisando a *ratio decidendi* do precedente invocado e a semelhança do caso concreto ao precedente invocado.

A análise de precedentes, pelo magistrado, não pode ser tomada de forma independente, haja vista o dever imposto, pelo art. 927 do NCPC<sup>151</sup>, de obediência às

---

<sup>149</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 641.

<sup>150</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/Lênio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em 16 jun. 2016.

<sup>151</sup> Art. 927 do NCPC: “Os juízes e os tribunais observarão:  
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;  
II - os enunciados de súmula vinculante;  
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;  
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

decisões, enunciados, acórdãos, súmulas e orientações dos tribunais superiores e do tribunal ao qual o julgador encontra-se vinculado.

Destarte, aplicar a lei tal como entendida pelas Cortes Superiores, nada mais é do que aplicar a lei. De fato, o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota de definitividade<sup>152</sup>.

As súmulas editadas pelos órgãos superiores de jurisdição são o resultado de um intenso trabalho de análise de casos semelhantes, sempre com o olhar atento aos ditames constitucionais, sendo, inclusive, o STF o defensor da Carta Magna. Dessa forma, o pronunciamento do órgão jurisdicional de instância inferior deve levar em conta todo o debate realizado nas esferas superiores quando de sua filiação aos precedentes destas cortes.

Decidir de maneira descompromissada e conflitante com o posicionamento estável das instâncias máximas é uma atitude atentatória contra o Estado de Direito, causando inúmeros prejuízos às partes e congestionando, ainda mais, as prateleiras do Poder Judiciário, haja vista que essa decisão, certamente, será alvo de recursos.

Essa obediência, porém, não será feita às cegas, devendo o julgador utilizar a técnica do *distinguishing* para demonstrar a aplicabilidade ou não do precedente ao caso concreto.

A fundamentação das decisões judiciais, por fim, deve observar o disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 489, que respectivamente informam: (i) a necessidade de ponderação no conflito normativo, justificando o julgador o objeto e os critérios gerais utilizados para afastar uma norma jurídica e; (ii) que a interpretação utilizada pelo magistrado obedecerá aos princípios processuais constitucionais e ao princípio da boa-fé.

### 3.3 – O Efetivo Controle da Discricionariedade Judicial

Na atual processualística civil, reconhece-se que a decisão judicial é fruto de um trabalho conjunto entre partes e magistrado, resultante de um intenso diálogo e debate. A decisão que não contemple algum ponto específico pode, perfeitamente ser desafiada com embargos de declaração, em primeira instância, sendo o julgador chamado a suprir a omissão.<sup>153</sup>

---

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

<sup>152</sup> SILVA, Celso Albuquerque. **Princípios Constitucionais e Efeito Vinculante**. In: PEIXINHO. Manoel Messias; GUERRA. Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO. Firly (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 594.

<sup>153</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Os Princípios da Fundamentação e do Contraditório no Novo CPC** In: DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); FREIRE, Alexandre;

A decisão judicial devidamente fundamentada deve obedecer a todos os requisitos elencados no art. 489 do NCPC, havendo inegável efeito vinculante das decisões de tribunais superiores e estrita obediência aos ditames constitucionais. Com o reconhecimento do referido efeito vinculante, bem como da necessidade de observância de todos os eventos ocorridos no processo, conseguiu o legislador estabelecer uma importante ferramenta de controle da discricionariedade judicial.

O atuar do magistrado será sempre vinculado, não podendo o julgador se esquivar da aplicação de um precedente pelo simples fato de não concordar com ele, ou desconsiderar as provas e argumentos expostos por uma das partes. O processo será analisado em suas minúcias, devendo as partes receber respostas adequadas quanto a seus questionamentos.

## CONCLUSÃO

A atuação do Poder Judiciário sofreu drásticas redefinições durante a história do Direito Moderno. De simples “boca da lei”, o magistrado ganhou relevância para a concretização dos valores basilares do Estado Social de Direito e os órgãos do Poder Judiciante passaram de “nobreza de toga” a depositários das esperanças da população. Entretanto, esse prestígio teve seu preço, consubstanciado no congestionamento de demandas e insuficiência da máquina estatal para resolver, efetivamente, todas elas.

A morosidade na prestação da justiça, entretanto, não é o maior dos males da atualidade. Grande parte do descrédito para com o Judiciário advém de decisões conflitantes de seus órgãos, o que gera inegável insegurança para os jurisdicionados. A discricionariedade e o silogismo continuam sendo práticas adotadas pelos julgadores, embora incompatíveis com o atual estágio de desenvolvimento da processualística civil moderna, sendo o magistrado considerado por muitos como o “protagonista” de todo o processo.

Enquanto reconhecido como “boca da lei”, o magistrado atuava de forma descompromissada, relegando exclusivamente ao legislativo a importante tarefa de pacificar a sociedade. Calamandrei, inclusive, relembra que, no início do século XX, existia a ideia de que o Juiz ocupava uma função e, na qualidade de julgador, seria mero aplicador do texto normativo, atuando silogisticamente e irresponsavelmente por assumir as vestes de representante do Estado. Essa indiferença burocrática acabaria por justificar uma atuação desprovida de qualquer responsabilidade. Se uma das partes viesse a ser demasiadamente prejudicada por essa atuação silogística, não se poderia atribuir qualquer culpa ao julgador, visto que ele obedeceu aos ditames legais.<sup>154</sup>

Hans Kelsen, através da Teoria Pura do Direito, embora tenha conseguido demonstrar a imprescindibilidade de interpretação do texto normativo, sendo o mesmo passível de múltiplos entendimentos, não conseguiu desenvolver uma teoria da decisão judicial, informando apenas que a aplicação do direito seria um ato político do juiz que, utilizando-se da “moldura normativa”, escolheria uma das opções válidas de interpretação do texto normativo e aplicaria ao caso concreto. A prestação jurisdicional se caracterizava como uma atividade discricionária, através da qual o juiz escolheria, a seu bel prazer, os dispositivos legais que lhe parecessem adequados. Não havia qualquer preocupação com o bem-estar social.

---

<sup>154</sup> CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Vol. 1. Napoli: Morano Editore, 1965, p. 648-650.

O Estado Social de Direito implementou, na ordem jurídica, a necessidade de elaboração de uma teoria da decisão judicial que prestigiasse os valores caros à sociedade. Direito e moral deixaram de ser vistos como ramos separados, sendo obrigação dos julgadores aplicar os princípios dirigentes da sociedade na solução dos casos concretos.

Embora Alexy tenha elaborado uma teoria avançada de aplicação principiológica, não conseguiu desvencilhar a aplicação dos princípios da discricionariedade do julgador. Coube a Dworkin reconhecer que os princípios não devem ser vistos, unicamente, sob o viés do conflito, mas sobretudo da cooperação, não havendo hierarquia entre eles e sendo todos igualmente necessários para o aperfeiçoamento da sociedade. Por fim, a teoria da decisão judicial foi satisfatoriamente desenvolvida por Friedrich Müller, reconhecendo que o direito só existirá a partir do caso concreto, fazendo-se normas jurídicas individuais para cada caso analisado. A técnica do círculo hermenêutico seria a mais adequada, uma vez que reconhece que não existe resposta prévia ao caso concreto. A resposta nascerá da análise dos fatos em conjunto com todo o complexo normativo, nele incluídos princípios e regras. Das idas e vindas entre os fatos e o direito nascerá a decisão adequada para o caso concreto.

A questão da fundamentação adequada das decisões judiciais é cara ao ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988. Estabelecidos ali os princípios norteadores do processo judicial, constou de seu art. 93, IX a obrigação de motivação dos provimentos judiciais. Trata-se de um prestar de contas do Estado à população, haja vista que os magistrados, não tendo ocupado seus cargos por meio do voto popular, devem legitimar as escolhas e os princípios da ordem jurídica brasileira, não podendo se apropriar da função criativa do direito, típica do poder legiferante.

Essa obrigação constitucional de fundamentação das decisões judiciais foi aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, em especial pela Lei nº 13.105/15. A lei conseguiu, a contento, frear o ímpeto discricionário dos magistrados, tendo trazido em seu texto: (i) afirmação categórica da supremacia da Constituição frente a interpretação do processo; (ii) a necessidade de plena realização dos valores constitucionais, sobretudo dos princípios do denominado “processo justo”, e; (iii) o devido compromisso do julgador para com toda a construção jurisprudencial, devendo obediência aos posicionamentos consolidados dos tribunais superiores, cujas decisões possuem efeito vinculante.

Não obstante a obediência aos órgãos hierarquicamente superiores, destacando-se a observância das súmulas, precedentes e jurisprudência do STJ e STF, o magistrado deverá tratar as partes com a importância que lhes é devida, concretizando o princípio da igualdade e

do contraditório. Só será possível fundamentar adequadamente uma decisão judicial se o julgador promover, endoprocessualmente, constantes debates e diálogos.

A previsibilidade e a segurança são valores que devem nortear a ordem jurídica brasileira. Todo litigante que ingressar com uma ação, no território brasileiro, deve ter a certeza de que sua causa será julgada de forma semelhante a uma ação idêntica, proposta em outra localidade. Os pronunciamentos judiciais dos diversos órgãos do poder judiciário precisam ser congruentes. Além do resultado da demanda proposta poder ser previsível, deve haver segurança para o litigante, expressa na consolidação dos entendimentos dos tribunais superiores e na obrigatória filiação dos órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores a tais entendimentos, haja vista sua força vinculante, e à Constituição.

Portanto, este é o maior desafio da processualística civil brasileira: unificar os entendimentos dos órgãos judicantes e proporcionar, aos jurisdicionados, segurança e previsibilidade quando da propositura de ações. Em nada se adianta supervalorizar a celeridade na tramitação dos processos, sacrificando-se a segurança e a previsibilidade. Indubitavelmente, as práticas de mecanização de decisões, de decisões discricionárias e da inobservância do devido contraditório, com o tratamento injustificadamente desigual das partes não possuem mais espaço no direito brasileiro.

As partes devem ser tomadas como iguais, no sentido material, e, em plena consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, deve a atuação do Poder Judiciário prezar pela fundamentação adequada das decisões, sempre voltada à promoção do bem-estar social e à concretização dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

O que se procurou demonstrar com esse trabalho é que o legislador agiu corretamente ao minudenciar o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais. O art. 489 do NCPC ditou parâmetros que devem ser observados para que uma decisão seja considerada fundamentada, uma vez que o Poder Judiciário, anteriormente, desrespeitava dolosamente a obrigação de enfrentar os argumentos jurídicos suscitados pelas partes. O supracitado princípio da fundamentação sempre existiu, entretanto, observando-se que o poder judicante não estava realizando-o em sua plenitude, necessitou o legislador traçar os parâmetros de uma decisão fundamentada na lei infraconstitucional, aprimorando o texto constitucional e contemplando não só o referido princípio, mas todos os princípios do processo justo.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. São Paulo: RT, 2014.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosófica do Direito**. São Paulo: RT, 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Os Princípios da Fundamentação e do Contraditório no Novo CPC** In: DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Organizadores). **Novo CPC Doutrina Selecionada: Volume 1: Parte Geral**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 465.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BENETI, Sidnei Agostinho. **Personalidade e Opções Psicológicas de Julgamento**. In: PELUSO, Antônio César; NAZARETH, Eliana Riberti (orgs.). **Psicanálise, direito, sociedade: encontros possíveis**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 3.071. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 de junho de 2016.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 16 de junho de 2016
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº. 13.105. Brasília-DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 06 de junho de 2016.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado 1988.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no EAREsp nº. 86.915-SP**. Relator Ministro Raúl Araújo. Corte Especial. Brasília/DF, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 de junho de 2016.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº. 02827181920108190001**. Relator Desembargador Carlos Azeredo de Araújo. Oitava Câmara Cível. Rio de Janeiro, 04 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 08 de junho de 2016.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº. 70052622602**. Relator Des. Eduardo Uhlein. Quarta Câmara Cível. Rio Grande do Sul, 20 de março de 2013. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2016.
- CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. Vol. 1. Napoli: Morano Editore, 1965.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 416.

CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et ali*. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CARVALHO NETTO, Melenick de Carvalho *apud* SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 137.

GAIO JÚNIOR, A. P.; SANTOS, C. O. ; ALVES, J. A. F. ; OLIVEIRA JUNIOR, J. L. D. ; GOMES, J. C. S. ; ANTONIO, L. G. ; CORTASIO, M. M. ; OLIVEIRA, N. S. . **Uma Introdução à ideia de Processo Justo**. Revista Jurídica Eletrônica Direito Sociedade e Desenvolvimento - REJUR, v. 1, p. 1-1, 2014.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, no prelo.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012, p. 3.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado: Atualizada pela Lei n. 13.256 de 04 de fevereiro de 2016**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual Civil Brasileiro**. Vol. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 339.

GRECO, Leonardo, **Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo**. In PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O processo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

IVO, Gabriel. **A Incidência da Norma Jurídica: o cerco da linguagem.** Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 4. Rio de Janeiro: Padma, out-dez. 2000.

LARANJEIRA, Márcio Fernando Bouças. **Cortes Constitucionais: Do Contrato Social ao Estado Constitucional de Direito.** Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, ago. 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto processuale civile.** Milano: Giuffrè, 1984.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MANZI, José Ernesto. **A Fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

METAS NACIONAIS PARA 2016: Aprovadas no 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f2ed11abc4b5ddea9f673dec7fe39335.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

MONREAL, Eduardo Novoa. **El Derecho como Obstáculo al Cambio Social.** México: Siglo Veintiuno Editores, 1979.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORELLO, Augusto M. **El Proceso Justo.** 2. ed. Buenos Aires: Adeledo-Perrot, 2005.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Ainda Sobre o Efeito Vinculante.** Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas. n. 16. jul-set. 1996

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Il Diritto Civile Nella Lagalita Costituzionale.** 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. **A legitimidade do poder judiciário no regime democrático**. São Paulo: Laços, 2014.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

SILVA, Celso Albuquerque. **Princípios Constitucionais e Efeito Vinculante**. In: PEIXINHO. Manoel Messias; GUERRA. Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO. Firly (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/Lênio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em 16 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.